

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La libertad de testar en el Derecho español: propuesta de
normas adecuadas para ampliarla y para ser legitimario**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Luis Puertas Medina

DIRECTOR

Juan Luis Jarillo Gómez

Madrid



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO

DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROPUESTA
DE NORMAS ADECUADAS PARA AMPLIARLA
Y PARA SER LEGITIMARIO**

AUTOR: LUIS PUERTAS MEDINA

DIRECTOR: DR. JUAN LUIS JARILLO GÓMEZ

MADRID 2020

El trabajo duro te lleva a conseguir tus objetivos

Como ha sucedido en el presente caso

Dedicatoria: A mí mujer Pilar, por
su cariño y paciencia sin límites

Agradecimientos: Al Director de esta tesis Dr. Juan Luis Jarillo Gómez
por indicarme el mejor camino a seguir
A mí Tutora María Teresa Álvarez Moreno
por su pronta solución a las cuestiones planteadas

LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROPUESTA DE NORMAS ADECUADAS PARA AMPLIARLA Y PARA SER LEGITIMARIO

SUMARIO

Páginas

| | |
|-----------------------|----|
| I.- INTRODUCCIÓN..... | 12 |
|-----------------------|----|

CAPÍTULO I

DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO GERMÁNICO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 15 |
| I.- DIVERSOS APUNTES HISTÓRICOS SOBRE DERECHO ROMANO | 16 |
| A.- LOS REGÍMENES INICIALES ROMANOS | 19 |
| B.- EL DERECHO CIVIL ANTIGUO EN ROMA | 24 |
| 1.- El <i>Ius civile</i> y la sucesión legal y la testamentaria | 26 |
| 2.- Copropiedad familiar. Inexistencia de propiedad individual | 28 |
| C.- EL COMIENZO DEL DERECHO ESCRITO EN ROMA | 31 |
| 1.- La pretendida libertad de testar en las XII Tablas | 34 |
| 2.- Contenido jurídico de Las XII Tablas | 37 |
| 3.- La libre disposición de los bienes para testar | 43 |
| D.- EL DERECHO PRETORIO Y LA <i>BONORUM POSSESSIO</i> | 46 |
| E.- LOS DIVERSOS LLAMAMIENTOS DEL PRETOR | 50 |

| | |
|--|----|
| F.- LA LEGÍTIMA CONTRA LA LIBERTAD DE TESTAR | 53 |
| 1.- Sucesión legítima formal | 53 |
| 2.- Sucesión legítima material | 58 |
| G.- LAS INNOVACIONES DE JUSTINIANO | 64 |
| II.- DERECHO GERMÁNICO. REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO VISIGODO | 66 |
| A.- LA FAMILIA Y LA SUCESIÓN EN EL DERECHO GERMÁNICO | 67 |
| B.- EL DERECHO VISIGODO | 70 |
| C.- EL REINO VISIGODO, PRIMERA UNIDAD POLÍTICA AUTÓNOMA HISPANA | 71 |
| D.- LEGISLACIÓN MÁS RELEVANTE DEL DERECHO SUCESORIO VISIGODO | 72 |
| III.- LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN LA EDAD MEDIA | 73 |
| A.- LOS PROCEDENTES DE LAS FAMILIAS | 73 |
| B.- LOS PROCEDENTES DE ÍNDOLE RELIGIOSO | 75 |
| IV.- LA CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN EN EL DERECHO HEREDITARIO DE LA ALTA EDAD MEDIA | 76 |
| V.- LA LEGÍTIMA Y LA RESERVA EN LA EDAD MEDIA | 78 |
| VI.- LAS PARTIDAS | 80 |
| VII.- EL FUERO REAL | 82 |
| VIII.- LAS LEYES DE TORO Y LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA | 83 |

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO SUCESORIO COMÚN

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN..... | 86 |
| I.- LOS ORÍGENES DEL CÓDIGO CIVIL | 87 |
| II.- LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851 | 87 |
| III.- LA LIBERTAD DE TESTAR Y EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS EN ÉPOCA CODIFICADORA | 89 |
| A.- EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR | 90 |
| B.- EN FAVOR DE LAS LEGÍTIMAS | 93 |
| IV.- LA LEGÍTIMA DEL CÓDIGO CIVIL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR | 97 |
| A.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA | 99 |
| B.- INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA | 105 |
| V.- LA LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO DE SUCESIONES | 110 |
| A.- EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO DE SUCESIONES | 110 |
| B.- LA INFLUENCIA DE LA COSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LIBERTAD DE TESTAR | 111 |
| C.- LA LIBERTAD DEL DISPONENTE EN EL TESTAMENTO | 113 |

| | |
|---|-----|
| D.- AUSENCIA DE INTERFERENCIAS AJENAS EN LA VOLUNTAD DEL TESTADOR | 115 |
| VI.- LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR | 116 |
| A.- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA | 120 |
| B.- PROCESO DE REVISIÓN DE LA LEGÍTIMA | 122 |
| C.- ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA LEGÍTIMA | 123 |
| D.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGÍTIMA | 125 |
| E.- TENDENCIAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LAS LEGÍTIMAS | 128 |
| VII.- LA JUSTIFICACIÓN O NO DE LAS LEGÍTIMAS EN LA SOCIEDAD ACTUAL..... | 132 |
| VIII.- RENUNCIA DE DERECHOS LEGITIMARIOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES | 137 |
| IX.- LOS LEGITIMARIOS | 139 |
| A.- EL LEGITIMARIO, TITULAR DE UNA POSICIÓN COMPLEJA | 143 |
| B.- PECULIARIDADES DE LA POSICIÓN DEL LEGITIMARIO | 145 |
| C.- EL LEGITIMARIO, HEREDERO CUALIFICADO | 150 |
| D.- LA ELIMINACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DEBER DE INSTITUIR HEREDEROS A LOS LEGITIMARIOS | 152 |
| E.- ATRIBUCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS A LOS LEGITIMARIOS | 154 |

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO SUCESORIO FORAL O AUTONÓMICO

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN..... | 159 |
| I.- EL DERECHO SUCESORIO EN LAS ISLAS BALEARES | 160 |
| A.- LOS LEGITIMARIOS Y LA LEGÍTIMA EN MALLORCA Y MENORCA | 160 |
| 1.- La naturaleza jurídica de la legítima | 162 |
| 2.- La atribución de la legítima | 163 |
| B.- LOS LEGITIMARIOS Y LA LEGÍTIMA DE IBIZA Y FORMENTERA | 166 |
| 1.- La naturaleza jurídica de la legítima | 168 |
| 2.- La atribución de la legítima | 169 |
| II.- EL DERECHO SUCESORIO EN GALICIA | 171 |
| A.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA | 175 |
| B.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA | 179 |
| C.- LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA | 183 |
| D.- LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA | 186 |
| E.- LOS LEGITIMARIOS GALLEGOS | 188 |
| III.- EL DERECHO SUCESORIO EN CATALUÑA | 191 |
| A.- CONCEPTO DE LA LEGÍTIMA CATALANA | 192 |
| B.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA | 194 |
| C.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA | 195 |

| | |
|--|-----|
| D.- LA IMPUTACIÓN LEGITIMARIA | 197 |
| E.- LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA | 199 |
| F.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO CATALÁN | 201 |
| G.- LAS PRETENSIONES LEGITIMARIAS | 203 |
| IV.- EL DERECHO SUCESORIO EN ARAGÓN | 205 |
| A.- INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA | 208 |
| B.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA | 210 |
| C.- PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES SOBRE LA LEGÍTIMA | 213 |
| D.- LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA | 215 |
| E.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO ARAGONÉS | 217 |
| F.- LEGITIMARIOS DE GRADO PREFERENTE | 219 |
| V.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL PAÍS VASCO | 221 |
| A.- EL NUEVO DERECHO SUCESORIO VASCO | 223 |
| B.- LA LEGÍTIMA Y LAS LIMITACIONES TRONCALES | 225 |
| C.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA | 229 |
| D.- LA TRANSMISIÓN DEL CASERIO GUIPUZCOANO Y EL CÓDIGO CIVIL | 230 |
| E.- LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN EN EL FUERO DE AYALA | 232 |
| F.- LOS LEGITIMARIOS VASCOS | 234 |
| VI.- EL DERECHO SUCESORIO EN NAVARRA | 235 |
| A.- LA LEGÍTIMA FORMAL | 236 |

| | |
|--|-----|
| B.- LOS LEGITIMARIOS NAVARROS | 237 |
| C.- EL USUFRUCTO DE VIUDEDAD | 239 |
| D.- LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA NAVARRA | 242 |
| E.- DE LAS DONACIONES <i>MORTIS CAUSA</i> | 244 |

CAPÍTULO IV

LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA Y SU SITUACIÓN ACTUAL

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 247 |
| I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA | 248 |
| A.- TENDENCIA A LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS GERMÁNICOS | 250 |
| B.- FAMILIA DE LA EDAD MEDIA Y DE LA PRIMERA ILUSTRACIÓN | 252 |
| C.- FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978 | 254 |
| II.- LA FAMILIA DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 | 261 |
| III.- CUESTIONES PREVIAS RELATIVAS AL PATRIMONIO | 269 |
| A.- PATRIMONIO FAMILIAR | 271 |
| B.- SUCESIÓN PATRIMONIAL ESPECIAL | 274 |
| C.- INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA REALIZAR DISPOSICIONES PATRIMONIALES AL MARGEN DEL DERECHO SUCESORIO | 276 |
| IV.- PROTECCIÓN DE DATOS Y EL TESTAMENTO DIGITAL | 279 |

| | |
|---|-----|
| V.- INGRESOS ECONÓMICOS DE LA PERSONA POR TRABAJO Y POR FRUTOS DE BIENES | 282 |
| A.- LOS BIENES INHERENTES A LA PERSONA Y LOS INEMBARGABLES | 285 |
| B.- EL PATRIMONIO Y LA INHERENCIA A LA PERSONA | 288 |
| VI.- ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA | 290 |
| A.- REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES | 292 |
| 1.- De los diferentes regímenes económicos matrimoniales | 292 |
| 2.- La disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales | 295 |
| B.- LAS CARGAS DEL MATRIMONIO | 297 |
| C.- EL DEBER DE LOS CÓNYUGES DE CONTRIBUIR A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO | 301 |

CAPÍTULO V

LOS LEGITIMARIOS Y LA AMPLIACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN..... | 304 |
| I.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO COMÚN Y EN EL AUTONÓMICO | 305 |
| A.- LOS LEGITIMARIOS DEL CÓDIGO CIVIL | 305 |
| B.- LOS LEGITIMARIOS DEL DERECHO AUTONÓMICO | 313 |
| 1.- Los legitimarios en las Islas Baleares | 313 |

| | |
|---|-----|
| 2.- Los legitimarios en Galicia | 315 |
| 3.- Los legitimarios en Cataluña | 317 |
| 4.- Los legitimarios en Aragón | 319 |
| 5.- Los legitimarios en el País Vasco | 321 |
| II.- LA DIFERENTE LIBERTAD DE TESTAR EN ESPAÑA | 322 |
| III.- AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR POR REDUCCIÓN DEL NÚMERO DE LEGITIMARIOS | 329 |
| IV.- AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR POR REDUCCIÓN DE LA LEGÍTIMA MANTENIENDO LA EXPECTATIVA DE LEGÍTIMA POR LEGITIMARIO | 331 |
| CONCLUSIONES | 334 |
| RESUMEN | 338 |
| ABSTRACT | 344 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 350 |
| I.- DUCTRINALES | 350 |
| II.- JURISPRUDENCIALES | 374 |
| III.- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO | 380 |
| IV.- LEGISLATIVAS | 381 |
| V.—REFERENCIAS INTERNET | 384 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------|--|
| AAMN | Anales de la Academia Matritense del Notariado |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADF | Anuario de Derecho Foral |
| AHDE | Anuario de Historia del Derecho Español |
| ARAJL | Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación |
| Art./Arts. | Artículo/Artículos |
| AP/AAPP | Audiencia/s Provincial/s |
| BGB | Código Civil Alemán |
| BOA | Boletín Oficial de Aragón |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOIB | Boletín Oficial de las Islas Baleares |
| BOPV | Boletín Oficial del País Vasco |
| CC | Código Civil de Derecho Común |
| CCC | Código Civil de Cataluña |
| CCF | Código Civil Francés |
| CCI | Código Civil Italiano |
| CCP | Código Civil Portugués |
| CDCFN | Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra |
| CDCIB | Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares |
| CDFA | Código del Derecho Foral de Aragón |
| CE | Constitución Española de 1978 |
| CE31 | Constitución Española de 1931 |
| CE76 | Constitución Española de 1876 |
| CENDOJ | Centro de documentación judicial |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| DOG | Diario Oficial de Galicia |
| DOGC | Diario Oficial General de Cataluña |

| | |
|-------------|---|
| LDCG | Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia |
| LDCFPV | Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco |
| LDCV | Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LFMAFN | Ley Foral 21/1919, de 4 de abril, de Modificación y Actualización del Fuero Nuevo |
| LOPDP Y GDD | Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de datos digitales |
| LTRHA | Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida |
| RCDI | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña |
| ROJ | Repertorio Oficial de Jurisprudencia |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ ARA | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón |
| STSJ BAL | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares |
| STSJ CAT | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña |
| STSJ GAL | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia |
| STSJ NAV | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra |
| STSJ PAV | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| VV.AA. | Varios autores |

INTRODUCCIÓN

Es cierto que, si consultamos las fuentes sobre legislación, de jurisprudencia y doctrinales a nuestro alcance, no hallaremos, de forma directa, el grado de libertad de testar que exista o haya existido, pero sí nos encontraremos con la porción de legítima que, conforme a ley, exista y que, como sabemos, representa una limitación a la libertad de testar. Ahora bien, no siempre la mayor o menor porción de legítima establecida genera para el disponente una menor o mayor libertad de testar, puesto que, para que así sea, será preciso que existan legitimarios dependientes de él, ya que, de no existir éstos, su libertad de testar sería total.

Si se considera como excepcional, la no existencia de legitimarios dependientes del testador, es decir, que consideramos que existen en la mayoría de los casos, podríamos suponer conocida la libertad de testar como complemento del conocimiento de la legítima.

En nuestros días, transcurrido casi siglo y medio desde la original regulación de la legítima en el CC, el entorno de la sucesión hereditaria aparece envuelto en una sucesión de acontecimientos económicos y sociales que le afectan muy directamente y que le debieran conferir una muy importante impronta, pero no sucediendo así, la elaboración legislativa sobre el derecho sucesorio no está, según la opinión de la mayoría, a la altura de estos cambios.

Se justifica así la razón de que, particularmente en materia de legítima, sea fácilmente hallar un clamor de evolución, por la existencia de estos cambios sociales que se dejan sentir, mayoritariamente, aunque con algunas excepciones, en contra de la limitación que las legítimas suponen en la actualidad a la libertad de testar.

Para entender dónde nos encontramos y hacia donde pretendemos ir, comenzaremos este trabajo analizando, a través de un doble punto de vista, el fundamento práctico y jurídico que tiene la legítima en la actualidad.

Es notorio que ha existido a lo largo de varios siglos la figura de la legítima, y que, como constataremos en Países de nuestro entorno, goza de una salud relativa, razón

suficiente para suponer que su sobrevivencia obedece, además de a un sustento jurídico positivo, a una admisible utilidad, debiendo, por consiguiente, analizarse desde ambos puntos de vista.

Por lo tanto, analizaremos las diferentes concepciones de clasificación que, sobre la legítima sucesoria, se han ido elaborando. Lo cierto es que la legítima goza de una de las configuraciones más diversas que se puedan contemplar de una institución jurídica. Podemos considerar tantas teorías como las de distintos autores lleguemos a consultar, así como llegar a pensar en función de los Códigos que las recojan. No obstante, hemos optado por reducir dicha clasificación en función de su naturaleza, de su contenido, de la forma de distribución de bienes, por la preferencia de los legitimarios, y de su cuantía.

Asimismo, además del comentario sobre la clasificación, consideramos de interés referirnos, brevemente, a los orígenes de la legítima a lo largo de la historia, desde los sistemas jurídicos más avanzados de la antigüedad hasta alcanzar nuestros días. Ello supondrá mencionar la legítima en los derechos más antiguos como el griego, romano y germánico y llegar hasta la regulación actual, de la que no pretendemos realizar una gran exposición, debido en parte a que no coincide con nuestra finalidad y en parte a la cantidad de trabajos que analizan esta regulación en un nivel didáctico y académico bastante más adecuado que el presente.

También se ha considerado conveniente referirse a la legislación existente en los territorios con competencia legislativa, para así, junto con el Derecho común, poner de manifiesto las diferentes formas de testar en España.

Terminamos haciendo una distinción entre las conclusiones y las recomendaciones, por considerar diferente lo que existe, que, lógicamente, son las conclusiones, de nuestra propuesta, en el sentido de orientación de hacia dónde es conveniente, a nuestro entender, deben evolucionar las cosas, que, obviamente, son las recomendaciones.

Con respecto a la finalidad del presente trabajo de investigación, puede decirse que se trata de llevar a cabo una muy pequeña aportación al estudio de la figura de la legítima en el derecho sucesorio español, tanto común como foral, tratando de realizar

un diagnóstico del presente de la misma y unas predicciones a futuro sobre la sobrevivencia de esta institución en función de la utilidad que de ella se obtiene. De ninguna forma se ha pretendido hacer un excelente tratado de legítimas, en primer lugar, como hemos indicado, porque existen varios, y en segundo lugar, porque todos, sin duda, superan a este, que ni por objeto ni por volumen podríamos haber acometido esta tarea:

Se trata más bien de entender la evaluación desde las circunstancias que presidieron el nacimiento de la legítima y el cambio experimentado con las que existen en la actualidad, por ello cabe la posibilidad de llegar a pensar que más bien parece un trabajo distinto a uno jurídico, pero en realidad se trata de aportar ideas que pongan de manifiesto los puntos frágiles de la legítima hoy y de acuerdo con ello sugerir, si procede tenerse en cuenta, algún cambio cuyos efectos redunden en beneficio de la regulación sucesoria española,

Y, particularizando aún más en nuestro caso, nos centramos en conseguir y analizar información legislativa, jurisprudencial y doctrinal, sobre la libertad de testar relativa al proceso histórico y actual desde el Derecho romano hasta nuestros días, con el objetivo de deducir normas adecuadas para que, en el supuesto de aplicarlas, sus efectos originen la ampliación de libertad de testar pretendida.

Para la mejor elaboración del trabajo, se ha considerado conveniente establecer una estructura compuesta por cinco Capítulos, dedicado cada uno de ellos, respectivamente, a: La libertad de testar en Derecho romano y en el Derecho germánico; La libertad de testar en Derecho sucesorio Común; La libertad de testar en Derecho sucesorio Foral o Autonómico; La evolución de la familia y su situación actual y Los legitimarios y la ampliación de la libertad de testar.

Con esto, lo que se pretende es analizar, de forma ordenada, la información conseguida respecto al proceso histórico y actual sobre la libertad de testar que ha existido, con el fin de acreditar nuestra propuesta de normas adecuadas para ampliarla, así como para ser legitimario.

CAPÍTULO I

DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO ROMANO Y EN EL DERECHO GERMÁNICO

INTRODUCCIÓN

Cuando se comenta algún tema histórico sobre Derecho, sin duda alguna se acaba relacionándolo con el Derecho romano y, dado que nuestra finalidad en el presente Capítulo, es la de exponer la evolución experimentada a lo largo de un periodo, por la parte de libre disposición del patrimonio para testar, nos parece apropiado que el punto de partida sea coincidente con la época en la que imperaba el Derecho romano.

Este Capítulo se dedica, básicamente, a analizar las diversas situaciones por las que, dentro del Derecho de sucesiones, se podía encontrar una persona cuando por iniciativa propia se disponía a realizar testamento, o bien cuando, por decisión de otra, aparecía involucrada en el mismo. Las referidas situaciones eran: si tenía capacidad para testar; la de tener que instituir heredero, con sus probables sustituciones, y la de llevar a cabo el tipo de testamento adecuado, teniendo en cuenta la existencia de las posibles legítimas.

La finalidad de analizar dichas situaciones, que se pretende realizar desde la Roma primitiva hasta el Derecho sucesorio vigente, es la de detectar, durante este periodo, la existencia de legitimarios y, en ese caso, cuál era el volumen de los bienes del testador que, como legítima, les correspondía, que es tanto como indicar el mayor o menor grado de libertad de disposición del patrimonio para testar, que es la tarea básica de nuestro trabajo.

Se comentan diversos apuntes históricos sobre Derecho romano, la legítima contra la libertad de testar en su aspecto formal y material. Asimismo, se menciona el Derecho germánico y su importante influencia en la familia, con referencia especial al Derecho visigodo. Se recuerda el grado de libertad de testar que existía en la edad media; época en la que estuvo más restringida, con limitaciones procedentes de la familia y de índole religioso. También, relacionado con dicha época, se comenta las

diferencias entre la legítima y la reserva. Por último, se mencionan, entre las legislaciones más relevantes que existieron: Las Partidas, El Fuero Real, las Leyes de Toro y La Novísima Recopilación de las Leyes de España.

I.- DIVERSOS APUNTES HISTÓRICOS SOBRE DERECHO ROMANO

Comenzamos recordando, en este Capítulo, que el concepto de familia en la antigua Roma no coincide con nuestra noción actual de la misma: en Roma, el lazo que unía a las personas que pertenecían a la misma familia era exclusivamente la sujeción a la potestad de un *paterfamilias* de la época. En nuestros días, la base de toda familia es normalmente el vínculo natural de consanguinidad o parentesco de sangre – esto es, la llamada cognación -. Respecto a las organizaciones pre cívicas que existieron antes de la Ciudad-Estado, TORRENT las comenta de forma exhaustiva¹.

Como manifiesta IGLESIAS-REDONDO²: Amplias dificultades surgen, desde el punto de vista histórico, a la hora de interrogarnos sobre las edades prerromanas. Pueblos de las más diversa razas y procedencias disfrutaron de asiento en el primitivo territorio italiano. Se desconoce, en verdad, quiénes fueron los aborígenes, ni existen datos que permitan una verdadera identificación filológica, arqueológica o *paterfamilias* de cada una de las gentes sobrevenidas y superpuestas por conquista, infiltración e inmigración.

Los métodos de la Filología, de la Arqueología y de la Paleontología, no han discurrido por la misma vía, con la finalidad de buscar y encontrar soluciones unitarias. Si la Filología pretendió asegurar una unidad étnica y lingüística de los arios, la Antropología se pronunció sobre la existencia de tres razas no relacionadas con éstos, diferentes entre sí y asentadas en diferentes territorios europeos. Asimismo, la Arqueología informó sobre la existencia de una raza uniforme, a la que sería propia la común cultura de los pueblos pre arios del África septentrional y de la Europa

¹ TORRENT RUIZ, A.: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, Edisofer, 2002, págs. 57 a 63.

² IGLESIAS-REDONDO, J.: *Derecho romano, historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, Ariel, 1997, pág. 12.

meridional. Con respecto a dichas discrepancias, manifiesta su opinión, a la que nos - adherimos, IGLESIAS-REDONDO³ en los siguientes términos: “No creemos que la adecuada postura sea la de aferrarse a los viejos cánones que sentencian sobre el común origen o la unidad de entronque étnico. Lo justo, lo conveniente es hablar de una cultura latina, de una casta latina a la que es consustancial, desde un primer momento, el sentimiento político de patria – de patria universal”.

No es consecuencia de una sola raza la vieja comunidad latina de la que nace Roma, sino el resultado del entrecruzamiento de los diversos pueblos que pasaron por suelo latino. Es posible que las inmigraciones arias tuvieran el carácter de grandes invasiones, sin que ello se pueda afirmar con total seguridad. No obstante, siempre debemos hablar, en primer lugar, de inmigración de una lengua aria, con la cultura que lleva consigo.

Como la tradición nos indica, debemos recordar que la fecha fundacional de Roma es la de los años 754 o 753 a.C. Lo cierto es, no obstante, según opinión de IGLESIAS-REDONDO⁴, que la civitas quiritaria surge tras un importante y largo proceso de integración política. Roma se constituye, desde su nacimiento hasta el siglo III d. C., en ciudad-Estado, en una civitas formada por un conjunto de hombres libres, dispuestos a defenderla contra cualquier injerencia extraña y conjuntamente partícipes de las decisiones que se adopten con miras al interés común. La célula primaria es la familia. La definición de ésta como organismo político no se encuentra amparada por documento alguno, aunque su propia estructura histórica dificulta relacionarla con la familia de los tiempos modernos.

Continúa manifestando dicho autor: de la familia nace la *gens*, que es una ancha familia, un agrupamiento, mayor o menor, de comunidades familiares. Asimismo, lazo de razón política es el que une a los miembros gentilicios bajo la común autoridad del *pater gentis*. De la agrupación de varias gentes nace Roma. Al surgir el Estado – Civitas – como grupo político unitario y supremo, no desaparecen los grupos políticos menores. El régimen político de la Roma antigua descansa en tres órganos: rey, senado y comicios.

³ IGLESIAS-REDONDO, J.: op. cit., pág. 13.

⁴ IGLESIAS-REDONDO, J.: op. cit., págs. 13 y 14.

El rey es sumo sacerdote, jefe del ejército, juez supremo y cabeza rectora de la Civitas de entonces.

El antiguo pueblo romano se hallaba distribuido, según la tradición, en las tres tribus de los Ramnes, Titios y Luceres; cada una de ellas se dividía en diez curias. A éstas sólo se les tenían en cuenta, parece ser, en asuntos de carácter religioso, así como en actos que afectaban a la vida de los grupos familiares o gentilicios: testamentos, admisión en la comunidad de una nueva *gens*. Las curias, a la vez que cumplían fines políticos y religiosos, tenían como misión importante contribuir a la defensa de la Civitas.

Sobre el origen de Roma, CASTRO SÁENZ⁵ manifiesta; “Los orígenes de la civitas y aún sus primeros siglos están envueltos en la obscuridad – a veces en la confusión – más absoluta. Ello no es sólo atribuible a que las antiguas comunidades políticas humanas surgen por sedimentación y no con una suerte de acta fundacional – aunque, en el caso romano, se ideó una fecha exacta retrospectivamente –, sino por la propia actividad falsificadora de buena parte de los más antiguos analistas romanos, que historiaron los inicios de Roma desde perspectivas propagandísticas”.

El senado nació como órgano asesor del rey, a él pertenecían, en un principio, los padres de las gentes fundadoras de la Civitas, cuyo número, según la tradición, fue de cien. Durante los primeros siglos de la República, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ: “el Senado continuó siendo la representación de la nobleza patricia. A los *patres maiorum gentium* cabezas de las familias o gentes primitivas, se habrían agregado como senadores los *patres minorum gentium*, como cabezas o jefes de gentes admitidas en la comunidad.

El senado fue una de las instituciones del gobierno de la antigua Roma. Durante la monarquía estuvo compuesto, al principio, como se ha indicado, fue de cien, alcanzando después el número de trescientos. Obtuvo mayores privilegios con la República, y con el paso del tiempo consiguió mayores poderes en diferentes ámbitos, como los temas religiosos, la policía, cuestiones militares, etc. El senado pasó de ser una institución consejera de los cónsules, al principio de la República, a ser un colectivo de

⁵ CASTRO SÁENZ, A.: *Compendio histórico de Derecho romano. Historia, recepción y fuentes*, Madrid, Tévar, 2005, págs. 89 y ss.

gobernantes, que no dependía de nadie. El senado dirigía la guerra a través de los cónsules y toda la política de la República⁶”.

Con la expulsión del último rey, Lucio Tarquinio el Soberbio, se puso fin a la Monarquía, naciendo la República, que se extiende desde el 509 a. C. hasta el 27 a. C., fecha en la que tuvo su inicio el Imperio Romano. La República romana consolidó su poder en el centro de Italia durante el siglo V a. C., y en los siglos IV y III a. C. se impuso como potencia dominante de la península itálica, sometiendo a los demás pueblos de la región y enfrentándose a las polis griegas del sur.

En la segunda mitad del siglo III a. C. proyectó su poder fuera de Italia, lo que dio origen a una serie de enfrentamientos con las otras potencias del Mediterráneo, en los que derrotó a Cartago y Macedonia, anexionándose sus territorios. En los años siguientes, siendo ya la mayor potencia del Mediterráneo se expandió su poder sobre las polis griegas; el reino de Pérgamo quedó incorporado a la República y en el siglo I a. C. conquistó las costas de Oriente Próximo, entonces en poder del Imperio seléucida y piratas.

Durante el periodo que abarca el final del siglo II a. C. y el siglo I a. C., se experimentaron grandes cambios políticos en Roma, provocados por una crisis consecuencia de un sistema acostumbrado a dirigir sólo a los romanos y no adecuado para controlar un gran imperio. En este tiempo se intensificó la competencia por las magistraturas entre la aristocracia romana, creando irreconciliables fracturas políticas que dieron lugar a tres grandes guerras civiles, cuya consecuencia fue la destrucción de la República, naciendo una nueva etapa de la historia de Roma: el Imperio romano

A.- LOS REGÍMENES INICIALES ROMANOS

La comunidad romana, en sus primeros siglos de existencia, estuvo dirigida por una monarquía que, ya en la posterior época republicana, fue escrita por historiadores que procuraron reconstruir el pasado de la ciudad, confirmando la existencia de reyes, lo cual no suponía ninguna novedad respecto de las comunidades limítrofes, que se configuraron con carácter general bajo la estructura monárquica. La tradición nos

⁶ [https:// sites. Google.com/site/latinadlg/el-senado-romano](https://sites.google.com/site/latinadlg/el-senado-romano) (Consultado 27/09/2019).

enseña que existieron siete reyes, cuatro de procedencia latina: Rómulo; Numa Pompilio; Tulo Hostilio y Anco Marcio. Los tres restantes de procedencia etrusca: Tarquinio el Antiguo; Servio Tulio y Tarquinio el Soberbio

Todo parece indicar que el rey fue un personaje único y vitalicio, con un poder amplio, lo que marcó una importante diferencia con el carácter dual del poder en la posterior época republicana, que recaía en dos cónsules, que actuaron como magistrados supremos. Según manifiesta FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ⁷: “La Monarquía en Roma no habría tenido carácter hereditario-familiar, ni adoptivo – el rey elige a su sucesor, al que adopta -, ni electivo por el pueblo en asamblea popular. En la designación de nuevo rey habrían tenido un papel fundamental el Senado y los Augures”.

Los poderes del rey no fueron delimitados de forma precisa, sino que fueron configurándose de manera progresiva dependiendo del peso de las diversas instituciones en cada etapa y, sin duda, con un mayor protagonismo durante el periodo de gobierno etrusco. No obstante, sus poderes fueron amplios, especialmente en el campo de la actividad sacerdotal y, en el seno del ejército, a través de los diversos delegados.

La interrelación entre Derecho moral y religioso, durante los primeros siglos de los colegios sacerdotales, le confirieron al rey, que los presidía, una posición de gran soberanía, entre ellos merecen ser destacados:

1.) Los colegios de los Pontífices, cuya denominación pudo derivar de su competencia para construir puentes y su composición originaria fue de tres, se les atribuyeron las misiones en materia de ritos, de técnica, de interpretación, creación y aplicación del derecho y de tradición histórica.

2.-) El colegio de los feciales, que tenía competencias en materia de Derecho internacional: entre otras, declaraciones de guerra; firmas de tratados de paz o de alianza. El sacerdocio en Roma tenía una significación diferente a la de otros pueblos de

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: *Historia del Derecho romano*, 2ª edición, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, pág. 32.

la antigüedad. El sacerdote no era necesariamente una persona espiritual consagrada al culto de los dioses; se trataba más bien de patricios que desempeñaban las funciones de su colegio como si se tratasen de un cargo público.

3.-) El colegio de los Augures, que eran los encargados de conocer e interpretar la voluntad de los dioses, que era preciso conocer antes de realizar un acto político o militar importante, como podían ser: designación del rey, elección de un magistrado o declaración de guerra, para ver si era o no favorable.

Por otra parte, tenemos que referirnos a la institución del Senado⁸, que en los primeros tiempos estuvo constituida por una asamblea formada por los jefes de las familias o de las gentes que, en atención a la edad de sus componentes, recibió el nombre de Senado, permaneciendo dicha denominación a lo largo de los catorce siglos de historia del Derecho romano⁹.

La función excepcional del Senado fue la de asumir la competencia en el periodo comprendido entre el fallecimiento del rey y el nombramiento de su sucesor. Cada uno de los senadores, al que se denominaba *interrex*, durante cinco días consecutivos procedería a interpretar la voluntad divina. En el supuesto de que la interpretación resultase favorable a una persona sería presentada ante la asamblea senatorial, la cual, si se pronunciaba favorablemente al candidato auspiciado, procedería a la designación del nuevo rey.

La función permanente del Senado consistió en asesorar al rey y, posiblemente, en la autoridad moral y en el poder efectivo, aunque es dudoso que no tuviera carácter vinculante para el rey el parecer de un organismo constituido por los jefes de las familias y gentes que componían la sociedad política romana.

El fin de la Monarquía y, por lo tanto, el tránsito a la República, fue consecuencia de que el último rey, Tarquinio el Soberbio, habría gobernado de forma despótica, lo que habría dado origen a un levantamiento popular que, liderado por una parte de la nobleza, habría motivado el fin de la Monarquía y el advenimiento de la República.

⁸ CASTRO SÁENZ, A.: op. cit., pág. 102.

⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., pág. 35.

El nacimiento de la República, que se sitúa en el año 509 a. C., puso de manifiesto la aversión hacia la Monarquía y hacia todo lo que ella representaba, identificándola con los regímenes tiránicos del norte de África y de oriente, y contraponiéndose la libertad republicana al gobierno de los reyes¹⁰. La explicación del hecho de que en la República el poder supremo recayese conjuntamente en dos magistrados a los que se les denominaba cónsules, podía justificarse con el mal recuerdo que la Monarquía, o al menos el último titular del poder real, dejó en el pueblo romano.

No obstante, la instauración del orden republicano no significó una ruptura violenta con la constitución regia. Transcurriría largo tiempo hasta que el rey apareciese convertido en simple jefe de los asuntos religiosos, hasta llegar un momento en que dicha jefatura fuese asumida por el pontífice máximo. Es a mediados del siglo IV a. C. cuando se aprecia con caracteres claros la efectiva organización republicana¹¹.

La República representaba una forma acertada de solidaridad entre la vieja y tradicional casta patricia y la plebeya, si bien, la comunión entre ambas se alcanzaría tras una lucha larga y tenaz. La plebe, animada por consecuencia de las guerras victoriosas, aspiraba a una participación efectiva en el mando. Convencida de su alto papel social, y puesto que el patriciado no accedía a sus reivindicaciones de carácter políticas, religiosas y económicas, la plebe se negaba a participar en la vida de la comunidad, recurriendo a la huelga integral – retirada a los montes Sacro y Aventino – y a la huelga militar – desobedeciendo los soldados a los jefes del ejército –.

De las luchas que existieron entre los patricios por mantener sus privilegios y los plebeyos por reducir distancias entre ambos, TORRENT RUIZ trata el tema en profundidad. Los plebeyos, con sus atributos y sus propias asambleas, decidieron la activación de un programa de reivindicaciones dirigido a la integración de las dos clases opuestas en la unidad del Estado. En lo político, abogaban los plebeyos por la validez general de los plebiscitos, así como por el acceso al consulado y demás magistraturas y al Senado. En lo jurídico, era deseo de los plebeyos que se procediese a la redacción de un código común a las dos clases antagónicas, así como que finalizara la prohibición de

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ. A.: op. cit., pág. 38.

¹¹ TORRENT RUIZ, A.: op. cit., pág. 87.

los matrimonios mixtos. En realidad, lo que deseaban los plebeyos, por encima de todo, era conseguir la igualdad política

La primera de las dos últimas aspiraciones citadas, la vieron colmada con la Ley de las XII Tablas o Ley Decenviral que, por su contenido, fue considerada como Ley importante de Derecho privado, más que de público, en vigor entre los años 450 y 451 a. C. La autorización de matrimonios entre patricios y plebeyos fue sancionada por la Ley Canuleia, en el año 445 a. C. Con la Ley Ogulnia, del año 300 a.C., los plebeyos tienen acceso al sacerdocio, en los cargos de augures y pontífices.

Desde el punto de vista social, las conquistas de los plebeyos se resumen en: la prohibición de intereses usurarios, mediante la Ley Genucia, del año 342 a.C.; en la condonación y moratoria de deudas, y participación en la división de lo público, a través de leges Liciniae, del año 367 a.C.; abolición de ejecución sobre las personas por razón de deudas, por la Ley Poetelia Papiria, de 326 a.C.¹².

El Estado patricio- plebeyo se caracterizó por la armonía existente entre los tres órganos de la comunidad: la Magistratura, los Comicios y el Senado. La Magistratura no constituyó un cuerpo jerarquizado, con funciones bien delimitadas. El magistrado estuvo investido de una potestad de mando. En el caso de que ésta fuera suprema, y así ocurría cuando se trataba de los cónsules, el dictador y el pretor – se llamaba *imperium*, un poder originario y soberano al que ningún ciudadano podía sustraerse -.

El poder de los magistrados estaba sometido a varias limitaciones, de las que destacaban, sobre todo, la temporalidad, la colegialidad y la responsabilidad. El cargo de magistrado no llevaba aparejado la percepción de emolumentos, ya que se consideraba como un honor el haberlo desempeñado.

En época republicana perdieron eficacia los comicios procedentes de las curias – asambleas que recibían esa denominación por estar relacionadas con la antigua organización tribal de la monarquía -. En la elección de los magistrados con *imperium* y de los censores, así como en la votación de las leyes propuestas por tales magistrados, intervenían los comicios centuriados – antiguas asambleas militares romanas que

¹² TORRENT RUIZ, A.: op. cit., págs. 99- 109.

decidían sobre la guerra y la paz que, a diferencia de los comicios que procedían de las curias, incluían tanto a patricios como a plebeyos distribuidos en clases y centurias o grupos de cien hombres -.

Del gran poder que alcanzó Roma y de los nefastos avatares que dieron lugar al fin de la República, TORRENT RUIZ, se ocupa de ellos con suficiente amplitud. En el siglo IV a.C., Roma se convierte en la comunidad dominante en la región del Lacio. A mediados del siglo III a.C. el dominio se extiende por toda la península itálica. Los pueblos del Mediterráneo quedaron sometidos, en primer lugar, los de la parte occidental, principalmente con el triunfo sobre Cartago, y posteriormente los de la parte oriental, con el triunfo en las campañas de Macedonia, Siria y Asia Menor. A mediados del siglo II a.C. el dominio del Mediterráneo fue prácticamente total. Roma conquistaba, anexionaba, aunque también asimilaba la cultura griega. Al propio tiempo, Roma respetaba la autonomía y recibía las aportaciones culturales de otros pueblos¹³.

Por otra parte, el sentimiento antimonárquico que llegó a existir en la Roma republicana chocaba con el desgobierno y la crisis del último siglo de la misma, surgiendo como episodio final la guerra civil y, continuando, por tanto, la incapacidad de la fórmula de gobierno tradicional para resolver los problemas que se planteaban, quedando el terreno abonado para introducir un nuevo sistema de gobierno. A una fórmula de gobierno democrático, con ciertas limitaciones, que duró seis siglos, le sucedió un sistema autoritario al que se le negaba la denominación de Monarquía y se le concedía la de Principado.

B.- EL DERECHO CIVIL ANTIGUO EN ROMA

En el Derecho privado romano el sistema hereditario se configuraba alrededor del núcleo familiar. Esta concepción referente a la familia, se basaba más bien en la figura del padre como jefe y como patriarca con autoridad, y no como un padre simple normal¹⁴. El motivo de la acumulación de poder, partía de la institución de la patria potestad. Esta excesiva autoridad, de la que se encontraba poseído, le permitía incluso disponer del derecho de vida y muerte sobre sus hijos, además de otras prerrogativas

¹³ TORRENT RUIZ, A.: << Derecho público >>, op. cit., págs. 343 y ss.

¹⁴ ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, Edelce, 1951, pág. 10.

sobre sus descendientes, como el derecho a aceptar, arrendar, vender, repudiar o darlos en matrimonio de forma unilateral, y lo más llamativo, sin contar con el consentimiento de éstos.

Respecto del sistema civil, TORRENT¹⁵ tiene la siguiente versión: “el sistema civil era el reflejo de la organización primitiva y patriarcal de la familia romana, sistema en el que prevalecen los vínculos agnaticios”. Herederos en el primer periodo histórico eran los hijos del difunto, fueran por sangre, o bien, por vinculaciones jurídicas – *sui heredes* –, por eso la sucesión ab intestato civil desde las XII Tablas llamaban en primer lugar a los sui, en su defecto a los agnados, y a falta de éstos a los gentiles, o sea, a los miembros de la misma gens del causante, pero no sucedían en el sistema civil los hijos emancipados, ni las mujeres, ni tampoco los ascendientes.

Tan escasos como incompletos resultan los documentos de los que ha podido tener constancia fidedigna la historiografía del Derecho concernientes a este periodo y, por lo tanto, la mayor parte de sus afirmaciones, suposiciones y deducciones basadas fundamentalmente en fuentes jurídicas primarias procedentes de etapas muy posteriores, consideramos que deben ser tomadas con ciertas dosis de escepticismo.

Por lo anterior, no nos debe extrañar que ya GARCÍA GOYENA advirtiera que la evolución de la institución que hoy conocemos como “legítima” entre los romanos fue complicadísima, y así el propio Justiniano, a pesar de su empeño en simplificarla, sólo le fue posible desembarazarla de algunas sutilezas y dificultades¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, la lógica, sin embargo, induce a pensar que entre los pueblos primitivos no debieron existir importantes diferencias, sino, al contrario, tan sólo en pequeños matices, ya que las instituciones jurídicas que hoy día nos son tan afines – como por ejemplo el testamento – les fueron desconocidas.

Tal y como se indica lo transmite el historiador GARCÍA GALLO¹⁷: “La facultad y posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte, que hoy se nos

¹⁵ TORRENT RUIZ, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, Mira Editores, 1991, pág. 582.

¹⁶ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado del Prof. LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, Cometa, 1974, pág. 345.

¹⁷ GARCÍA GALLO, A.: << Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media Española >>, en *ADHE*, T. XXVI, 1956, pág. 438.

presenta como algo natural e indiscutible, no fue conocida en tiempos antiguos. El Derecho romano que atribuye al hombre con plena capacidad – *sui iuris* – un poder absoluto de actuación en vida, hasta época muy avanzada no le reconoce la facultad de proyectar su voluntad después de su muerte, realizando actos que sólo producirán efectos luego de extinguida su personalidad y capacidad”.

Durante el periodo que los historiógrafos denominan arcaico o quiritarario la formulación del Derecho, y el sucesorio no daría lugar a una excepción, era plenamente consuetudinaria: la conducta recta y prudente de los ancestros, las costumbres de nuestros mayores – *Mores Maiorum* -, que posteriormente se elevarían a normas escritas en el Código decenviral, constituían la pauta para las generaciones venideras. En este contexto, mencionar el Derecho quedaba reservado al Colegio sacerdotal, encargado de proteger la tradición cultural; los pontífices eran quienes dictaminaban lo que debía considerarse “justo”, es decir, “si los actos y conductas de los *quirites* estaban dentro de las normas que conformaban la tradición jurídica y por la cual debían regirse los ciudadanos en sus relaciones recíprocas”¹⁸.

1.- El *Ius civile* y la sucesión legal y la testamentaria

Las mencionadas relaciones entre ciudadanos romanos, fue el origen del *Ius civile*, aún impregnado de fórmulas rituales y solemnes, de ornamentos sacramentales, característica de la etapa primitiva, en la que no existía una nítida separación entre el Derecho – *Ius* – y la Religión – *Fas* -. Sin embargo, no fue necesario esperar la llegada de Jesucristo para que se pronunciase la sentencia, de conocimiento notorio, ante el recaudador de impuestos: “Dadle al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios”, a fin de que el pueblo romano comenzase, como indica BARRIO GALLARDO¹⁹, a secularizar su saber práctico a través de las ciencias jurídicas.

Respecto al fenómeno sucesorio, esta etapa, a diferencia de la posterior, se caracterizó por la inexistencia del instrumento típicamente ordenador de la sucesión *mortis causa*, en sintonía con la observancia de un comportamiento que hiciera

¹⁸ LOZANO CORBI, E.: *Historia e instituciones de Derecho romano*, Zaragoza, Mira Editores, 1999, pág. 217.

¹⁹ BARRIO GALLARDO, A.: << El largo camino>>, op. cit., pág. 27.

presumir la existencia del concepto “propiedad privada”²⁰. Aunque no faltan voces que indican que la sucesión legítima debió de anteceder temporalmente a la testamentaria, a pesar de no poder afirmarse con rotundidad y precisión cuándo se elaboró dogmáticamente este mecanismo transmisión del *dominium*²¹, del que ya se tiene constancia bajo el régimen de las XII Tablas.

Para CASTÁN TOBEÑAS, “hay muchas razones para suponer que, en el más antiguo Derecho romano, sólo existió la sucesión legítima – como parecen comprobarlo el orden de llamamiento de la sucesión legal establecido por las XII Tablas y el carácter y significación de las primitivas formas de testar – y que la sucesión testamentaria fue el producto de una larga evolución”²². “La sucesión legítima es cronológicamente muy anterior a la sucesión testamentaria, la cual presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentra en los pueblos primitivos”.

Con relación a lo manifestado por LACRUZ BERDEJO: “Las opiniones se hallan divididas en cuanto a si también ocurría lo mismo en una etapa anterior”, en alusión probable a la etapa arcaica gobernada por el Derecho quiritorio precedente a las XII Tablas. “Así, para una corriente muy numerosa – continúa el autor -, a la sucesión testamentaria precedió en Roma un ordenamiento legal forzoso, de acuerdo con las nociones de copropiedad familiar comunes a todos los pueblos de origen indoeuropeo”²³. “El principio de libertad testamentaria es ajeno a la concepción originaria del fenómeno sucesorio, y, en principio, en contradicción con el hecho de la vinculación natural del patrimonio hereditario a los miembros del grupo familiar”, a

²⁰ “¿Existieron en Roma desde sus primeros días ambas clases de herencias – ordenada por el particular y por el Estado -. No conocemos texto alguno ni pasaje autorizado que resuelva esta cuestión; y de ahí nace que se defiendan por los autores tres situaciones distintas: que en un principio sólo existió la testada; que esta no se conoció hasta las XII Tablas; que siempre hubo de las dos clases”. PASTOR Y ALVIRA, J.: *Manual de Derecho romano según el orden de las instituciones de Justiniano*, Tomo II, 3ª edición, Madrid, De la Viuda e Hija de Gómez Fuentenebro, 1903, pág. 9.

²¹ “El testamento es una invención romana”, D’ORS, A.: *Elementos de Derecho privado romano*, 3ª edición, Pamplona, Euns, 1992, pág. 84.

²² CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. I, Madrid, 1979, págs. 51 a 53.

²³ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Familia*, Tomo, II, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 10. La familia romana originaria deriva del tipo de familia patriarcal de los pueblos indogermánicos. Muestra curiosos puntos de contacto con la griega, persa e hindú. – ESPINAR LAFUENTE, F.: op. cit., pág. 3.

juicio de FERNÁNDEZ BARREIRO²⁴, que, de forma exhaustiva y clara, y sin ambages, así lo expone.

2.- Copropiedad familiar. Inexistencia de propiedad individual

Con respecto a la tesis de la copropiedad familiar durante el Derecho romano originario, si no comprendiendo todos los bienes susceptibles de apropiación por el hombre, sí, al menos, cuando tenían por objeto la propiedad inmobiliaria y en particular la tierra cultivable, en una sociedad casi en exclusiva agrícola, organizada jerárquicamente a través de una estructura patriarcal, con serias dudas acerca de la implantación del principio de primogenitura²⁵.

Conforme a la doctrina mayoritaria, LACRUZ BERDEJO, parte de condominio familiar común a todos los antiguos pueblos de Asia y Europa²⁶. Esta unión en torno a la tierra hubo de integrar, según ESPINAR LAFUENTE, una suerte de “propiedad colectivo-familiar”²⁷; opinión que fue corroborada, primero, por ROYO MARTÍNEZ que se decantó igualmente por un “colectivismo originario”²⁸ y, recientemente, por BERMEJO PUMAR, autora según la cual “la idea de la propiedad individual sobre los bienes muebles o inmuebles fue en un principio nula o muy relativa”²⁹.

El concepto de propiedad fue desarrollado paulatinamente desde la época arcaica con características diversas que llevaron a diferentes concepciones. Primero fue un concepto de señorío, en interés del grupo familiar, indiferenciado, nucleado en cabeza del Paterfamilias al que estaban sujetos personas – alieni iuris: libres o esclavos – y cosas. “En esa fase patriarcal – manifiesta PUIG BRUTAU -, la familia es un ente semipúblico, y la propiedad es colectiva. Puede afirmarse que los bienes de la familia no eran bienes patrimoniales, sino de dominio público”³⁰. Existe, por tanto, una adscripción

²⁴FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PACHECO BERNY, J.: *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 486.

²⁵ “Muy probablemente en tal sustitución, regida por normas consuetudinarias de índole religiosa y jurídica, debieron de imperar los principios de masculinidad y primogenitura, típicos de la organización patriarcal” – ROYO MARTÍNEZ, M.: op. cit., pág. 10.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: op. cit., pág. 10.

²⁷ ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: << Estudios de Derecho privado. Sucesiones >>, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, 1948, pág. 8.

²⁸ ROYO MARTÍNEZ, M.: op. cit. Pág. 13.

²⁹ BERMEJO PUMAR, M. M.: << La legítima>>, op. cit., pág. 49.

³⁰ PUIG BRUTAU, J.: << Estudios de Derecho privado >>, op. cit., pág. 109, núm. 254.

de la propiedad “no a un fin personal, sino familiar y social. La señoría sobre las cosas es, pues, manifestación de la señoría jurídica del paterfamilias sobre el consorcio familiar”³¹.

“La sucesión de los *sui heredes* resulta así no otra cosa que la transformación del derecho que en la comunidad familiar pertenecía a cada uno de los descendientes próximos, latente durante la vida del padre de familia, en poder doméstico pleno sobre sus propias mujeres y descendientes y sobre la cuota del patrimonio familiar”³², esto es, “las personas que componen la familia no suceden, consiguen la cuota de la que ya eran propietarias”³³.

“Así, pues – continúa ESPINAR LAFUENTE – en un principio los *sui* eran copropietarios de la esfera común de la familia, del hogar. Eran, pues, herederos natos³⁴; por un derecho propio – o por una especie de *ius adcrescendi* –, ocupaban de modo automático, la posición jurídica – el *omne ius* – que dejaba vacante el paterfamilias difunto”³⁵, de esta forma, el mecanismo sucesorio era casi automático, transmitiéndose los bienes, sin dificultad, del padre al hijo³⁶.

“En el periodo primitivo se consideraba la herencia propia de los *heredes sui* bajo la idea de una copropiedad familiar, de suerte que el hijo normal o usualmente habría adquirido parte de esta copropiedad, por ser copropietario del patrimonio familiar en vida del paterfamilias”³⁷. “La situación primitiva de comunidad familiar implicaba que los *sui*, más bien que adquirir, lo que hacían era continuar en el disfrute de un patrimonio en el que habían participado como miembros de la *domus*”³⁸.

³¹ IGLESIAS SANTOS, J.: << La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno >>, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado -AAMN-*, Tomo VI, 1952, pág. 40.

³² CASTÁN TOBEÑAS, J.: << La dogmática de la herencia y su crisis actual >>, en *RGLJ*, Vol. 207, núm. 3, sept. 1959, pág. 252.

³³ ORTEGA PARDO, G.: op. cit., pág. 53.

³⁴ Autores más recientes sostienen, de la misma forma, que, “en una primera fase histórica es incompatible la coexistencia de heredero voluntario y heredero forzoso” – VIRGILI SORRIBES, F.: op. cit., pág. 481.

³⁵ ESPINAR LAFUENTE, G.: op. cit., pág. 8. En la primera época republicana los *sui* eran herederos automáticamente y no recibían la herencia *ex novo* sino que se producía.

³⁶ GARCÍA VILA, J. A y GÓMEZ MARTÍNEZ, J.: << Los legados >>, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Vol. I, coordinador: J. F. DELGADO de MIGUEL, Consejo General del Notariado, Madrid, Thomson Civitas, 2004, págs. 299 y 300.

³⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. M.: op. cit., pág. 553.

³⁸ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: op. cit., pág. 884.

En la comunidad doméstica, la inexistencia de propiedad individual en los albores del Derecho romano fuerza a negar el conocimiento y la presencia del mismo testamento³⁹, al no dejar de ser este último una manifestación más de las facultades dominicales, ejercitadas con ocasión del óbito del causante: “no siendo el individuo el propietario, de nada puede individualmente disponer”⁴⁰. Para la LACRUZ BERDEJO: “en el Derecho romano más primitivo, a la muerte del paterfamilias, los hijos y la *uxor in manu* constituyen una asociación para el culto de los dioses domésticos y la explotación de la unidad agraria”⁴¹. Para VALLET DE GOYTISOLO, la familia romana podía calificarse como un “organismo político natural”.

En efecto, “la familia fue originariamente un organismo político especie de célula federal o feudal, cuyo agrupamiento integraba la *civitas*; y al evitar el fraccionamiento del patrimonio familiar, no se buscaba sólo la finalidad económica de la continuidad en la explotación, sino la de no debilitar, con la desmembración de su territorio, el núcleo político que la familia constituía, así como la de procurar que, en la organización centuriada de la *civitas*, los miembros de la familia en el régimen de *Consortium*, al fallecer el padre, siguiesen conservando el mismo puesto en los cuadros del censo”⁴². Así, “los derechos de familia, de herencia y de propiedad – tal y como explica IGLESIA SANTOS – se agrupan todos en misión común de servir a dos fines capitales: la unidad y la continuidad del consorcio familiar”⁴³.

En el Derecho romano apareció originariamente la sucesión desprovista del carácter patrimonial que adquiriría después, durante la República, cuando se extendió el uso del testamento privado y, en particular la modalidad “*per aes et libram*”.

“La herencia nació en Roma, según CASTÁN TOBEÑAS, no con el carácter netamente patrimonial que ha venido a tener después, sino con un carácter más bien

³⁹ “Siendo la naturaleza uno de los medios más necesarios para que el individuo realice aquéllos, donde quiera se reconozca la propiedad individual con las atribuciones que le son inherentes, hallaremos sancionado el derecho del propietario a disponer *inter vivos* y *mortis causa* de lo que adquirió con su esfuerzo y privaciones” - PASTOR Y ALVIRA, J.: op. cit., pág. 17 -.

⁴⁰ “No hay que hablar en épocas primitivas de la historia de cada pueblo, de libertad de testar, porque el testamento no existe” – MANRESA Y NAVARRO, J. M.: op. cit., pág. 214.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1988, pág. 8.

⁴² TORRENT RUIZ, A.: << Consortium erecto non cito >>, en *AHDE*, núm. 3, 1964, pág. 495.

⁴³ IGLESIAS SANTOS, J.: op. cit., pág. 39.

personal que se explica por razones históricas, en relación, especialmente, con la transmisión de la soberanía doméstica – familiar o gentilicia – y la continuación del culto familiar, o sea de lo sacra del difunto”⁴⁴. En la etapa a la que nos referimos, anterior a toda posible comprobación documental directa, el sucesor es en su esencia más genuina un continuador de la personalidad del causante, un rasgo típico del sistema sucesorio latino que ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de los que se han dedicado a esta disciplina.

“Ser heredero es, ante todo y, sobre todo, adquirir una cualidad personal, una especial dignidad política, religiosa y familiar que permite e impone al propio tiempo continuar las funciones que, tanto en el seno del grupo de los parientes como en relación con las otras unidades patriarcales, venía cumpliendo el paterfamilias extinto”⁴⁵. El heredero asume el mando al frente del grupo agnaticio, se ocupa de los deberes que en vida tuviera el causante para con el clan familiar, subrogándose en sus obligaciones patriarcales, renovando sus relaciones de clientelismo político y concluyendo nuevos compromisos.

En el supuesto de que en esta etapa hubiese existido una sucesión en los bienes del fallecido, hubiese sido sólo con carácter accesorio y secundario para que el heredero pudiese dar adecuado cumplimiento a los deberes supraindividuales que acompañarían a la jefatura doméstica, a una sucesión de marcado carácter político. “Si los bienes pasaban al heredero era sólo porque el gobierno de la familia llevaba consigo la disposición del capital común”⁴⁶.

C.- EL COMIENZO DEL DERECHO ESCRITO EN ROMA

El primer intento de Derecho escrito, que resultó fallido, tuvo lugar cuando el Tribuno Terentilius Arsa, propuso ante el patriciado la fijación por escrito de las competencias de los Cónsules. Fue, sin duda, esta petición la primera reivindicación conocida de certeza y seguridad jurídica encauzada a través de la vía del derecho escrito.

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: << La dogmática >>, op. cit., pág. 249.

⁴⁵ ROYO MARTÍNEZ, M.: op. cit., pág. 10.

⁴⁶ ESPINAR LAFUENTE, F.: op. cit., pág. 6.

Sobre el proceso de cómo se llegaron a elaborar las XII Tablas, se manifiesta FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁴⁷: “Un año más tarde de la Propuesta del Tribuno, el Colegio de Tribunos propuso al Senado la constitución de una comisión mixta de patricios y plebeyos que tuviese por misión la confección por escrito de leyes útiles para ambas partes y apropiadas para garantizar la libertad y la igualdad.

La mencionada comisión fue aceptada, si bien los plebeyos cedieron en el sentido de que estuviese formada sólo por patricios, por haber recibido del Senado la garantía de que dicha comisión legislativa no derogaría las leyes aprobadas por las asambleas de la plebe y, en especial, la Ley de Aventino por la que se atribuía a la plebe el suelo del monte Aventino.

Al mismo tiempo que la negociación se producía, una embajada compuesta por tres ciudadanos se desplazó a Atenas para informarse del derecho vigente en las leyes de Solón. De vuelta a Roma, conseguida la información requerida, fueron suspendidas las magistraturas ordinarias y se constituyó una magistratura extraordinaria para un periodo de gobierno de un año presidida por uno de los Cónsules y formada por diez miembros, a la que se le concede todo el poder político y la tarea de confeccionar por escrito la legislación, son los denominados *decemviri legibus scribundis*.

Dicha comisión concretó en 10 tablas un conjunto de disposiciones jurídicas, que fueron aprobadas por los comicios centuriados, en el año 451 a.C. Las dos tablas restantes fueron aprobadas por un segundo decenvirato al año siguiente, presentando problemas tanto su actuación como el contenido de las mismas; de ahí la denominación de leyes injustas – *tabulae iniquae* –“.

Las Tablas fueron el instrumento o materia – que pudieron ser de bronce o madera – en el que se plasmaron las normas para su conocimiento por el pueblo, y se les dieron publicidad en el centro de la ciudad⁴⁸.

Todo parecía indicar que el contenido de las XII tablas fue producto del genio jurídico romano, y que la influencia griega estuvo en: 1.-) la novedad que supuso el que

⁴⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., págs. 77 y 78.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., pág. 79.

el Derecho se escribiese y se publicara; 2.-) que la ley apareciera como producto de un acto legislativo aprobado por la asamblea popular, lo que ocasionó que el pueblo romano aceptase un nuevo concepto de legalidad democrática; 3.-) el reconocimiento de la idea griega acerca de la igualdad ante la ley, y 4.-) la identificación del nuevo concepto de *lex* con el griego *nomos* que pudieron traducirse por norma jurídica.

Hay que tener en cuenta que las XII Tablas fueron, a partir de su aprobación, derecho vigente, Derecho objetivo, compuesto por una serie de disposiciones abstractas, generales, escritas de forma concisa, que solían iniciar su texto de forma condicional para a continuación plantear el supuesto y concluir de manera imperativa.

Por otra parte, el contenido de las XII Tablas no comprendían en su totalidad el Derecho vigente, pero sí en su mayor parte, en especial las normas que regulaban las relaciones entre los ciudadanos, lo que suponía certeza, objetividad y seguridad jurídica, principios cuyo nivel era hasta entonces muy deficitario, lo que supuso un beneficio para el conjunto de los plebeyos. Aunque el texto decenviral hizo pocas alusiones al testamento, sí puede decirse que lo consagró con plena eficacia jurídica⁴⁹

Asimismo, las XII Tablas aportaron un primer intento de sistematización y orden expositivo del derecho que sirvió de base al edicto del pretor y a las siguientes obras de Derecho civil. Si bien no cabía hablar todavía de un código que sistematizara y ordenase de forma lógica todo el Derecho vigente de entonces, sí se podía hablar de una gran parte del mismo – se echaba en falta la organización constitucional y la judicial – que respondía a criterios lógicos y sistemáticos avanzados para la época de su confección. Lo cierto fue que hubo que esperar casi mil años para que fuese aprobada otra codificación oficial del Derecho romano, y ésta fue el Código Teodosiano del año 438 d.C. Las demás leyes o constituciones que se aprobaron durante el tiempo transcurrido que separaba ambas codificaciones regulaban aspectos concretos o materias determinadas del sistema jurídico.

Las normas contenidas en las XII Tablas precisaban ser interpretadas para su aplicación concreta. Los miembros del colegio pontifical continuaron cumpliendo,

⁴⁹ BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, pág. 44.

durante más de un siglo, ese papel esencial. Asimismo, los magistrados jurisdiccionales y los jueces, en el ejercicio de sus propias funciones, realizaron esa labor interpretativa.

La redacción original del texto de las XII Tablas no se conserva, y el conocimiento que tenemos de su reconstrucción se ha realizado en base a noticias proporcionadas por juristas y literatos de finales de la República y comienzo del Principado. Aunque la publicación del Derecho escrito no colmó por entero todas las demandas jurídicas del estamento plebeyo, ya que continuaron en vigor, por ejemplo, la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos – suprimida más tarde por la *lex Canuleia*, del año 445 a. C. -, y la sanción de esclavitud por deudas – eliminada por la *lex Poetelia Papiria*, del año 326 a. C. -, se inició con su formulación un cambio de concepción en la creación, interpretación y aplicación del derecho que constituyó un punto de partida importante para la progresiva reforma del sistema, que llegó hasta la práctica equiparación de patricios y plebeyos en el siglo IV a.C.

Con la aparición de la Ley de las XII Tablas, el Derecho hereditario romano adquiere propiamente el valor de Derecho positivo⁵⁰, situando en un segundo plano a la sucesión legítima que hasta ese momento predominaba⁵¹.

1.- La pretendida libertad de testar en las XII Tablas

No hay razón convincente, a nuestro entender, para pensar en una alteración brusca del estado de las cosas debido a la entrada en vigor de la Ley de Las XII Tablas. Sin embargo, todo parece indicar que, tras su aprobación, para una gran parte de la doctrina, se hubiera producido un cambio drástico que diese lugar al tránsito de un sistema sucesorio que toma por base la copropiedad familiar hacia lo diametralmente opuesto, es decir, hacia una formulación contraria difícil de explicar: la libertad de testar; algo que desde el punto de vista lógico no parece posible. Puesto que las transformaciones conceptuales siguen siempre un curso evolutivo, por lo que precisan de largos periodos de tiempo, por consiguiente, no se pudo pasar, de un extremo, al

⁵⁰ LÓPEZ HEREDIA, F.: *Derecho de sucesiones*, Caracas, 2008.

⁵¹ Entre la doctrina, existieron continuas disputas por justificar si fue antes la sucesión testamentaria o legítima. Para determinados autores, entre ellos, BONFANTE, P., no había duda de que la sucesión testamentaria fue la primitiva. Por el contrario, para otro sector, al que pertenecía TORRENT, A., defendían la preeminencia de la sucesión “ab intestato”.

contrario de forma abrupta, sin argumentos suficientes que hicieran pensar en la posibilidad de que así fuese⁵².

Sin embargo, esta evolución histórica, un tanto pendular y extremista, parece refrendada mayoritariamente por determinados autores, entre ellos, VIRGILI SORRIBES⁵³ que manifiesta: “el hijo, que al principio de la evolución jurídica tiene derecho a toda la herencia de su padre, después no tiene más derecho que el de ser instituido o desheredado expresamente. Más tarde se le reconoce derecho a una parte del as hereditario”.

Es una opinión muy extendida en la doctrina científica, así como prácticamente generalizada entre los autores españoles: en tanto en cuanto estuvo vigente el régimen sucesorio de las XII Tablas imperó en Roma una completa libertad de testar, carente de restricciones, pudiendo el cabeza de familia, convertido ya de patriarca del clan en “paterfamilias”, disponer para el caso de muerte de todos sus bienes habidos como tuviera por conveniente.

No queda, sin embargo, muy claro entre los autores si dicha libertad de testar comenzó antes, durante o después del Código decenviral. REAL PÉREZ⁵⁴ señala “que de no ser por la instauración de las legítimas el sistema romano habría contado con una libertad de testar ilimitada”; para ORTEGA PARDO⁵⁵, “el paterfamilias tenía en principio libertad de testar” y, más próximo al presente LASARTE ÁLVAREZ⁵⁶, “aquel sistema adoptó como punto de partida en su construcción, conforme a las ideas sociopolíticas que servían de fundamento, el principio de absoluta libertad de testar del paterfamilias y, mal que bien, lo mantuvo a lo largo de su evolución”.

Asimismo, figurarían en esta corriente doctrinal, que ha optado por mantener una indefinición convenientemente calculada, primeras autoridades en la materia como

⁵² ESPINAR LAFUENTE, F.: *La herencia legal y el testamento; estudio doctrinal y de Derecho positivo*, Barcelona, Bosch, 1956, págs. 8 y 9.

⁵³ VIRGILI SORRIBES, F.: << Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica – el llamado heredero forzoso no es heredero - >>, en *RCDI*, núm. 206-207, julio-agosto 1945, pág. 481.

⁵⁴ REAL PÉREZ, A.: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, 1988, pág. 22.

⁵⁵ ORTEGA PARDO, G.: *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1945, pág. 25.

⁵⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C.: << La legítima >>, en *Principios de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tomo 7, 2ª edición, Madrid, Trivium, 2016, pág. 242.

VALLET DE GOYTISOLO a lo largo de sus diversos ensayos. “Las legítimas tienen históricamente dos puntos de partida completamente opuestos. En Derecho sucesorio romano – sistema de libertad de testar-, la legítima aparece como una limitación a la libertad de testar”⁵⁷. “El denominado genéricamente sistema romano, en el cual las legítimas no constituyen, sino una limitación de la libertad dispositiva del causante”⁵⁸. Afirmación que presupone, a *contrario sensu*, que en algún momento ésta fue ilimitada. Existiendo, entonces, una verdadera libertad de testar.

No fue solamente VALLET DE GOYTISOLO quien mantuvo una calculada ambigüedad cronológica. Como manifiesta SANTOS BRIZ: “la absoluta libertad de testar originaria en este Derecho se fue debilitando, primero desde un punto de vista formal y, después, desde un punto de vista material”⁵⁹; según ESPÍN CÁNOVAS: “en el Derecho romano, la sucesión necesaria o legítima surge como una reacción contra la absoluta libertad de testar”⁶⁰. Para otros, como es el caso de O’CALLAGHAN: “en época remota el ciudadano gozaba de una libertad de testar ilimitada”⁶¹. “En la antigua época – así, en la ley de las XII Tablas – el testador tenía absoluta libertad de legar”⁶². Al respecto BARRIO GALLARDO⁶³ indica: “Nótese cómo, en el primer caso, el autor no aventura cuál fue aquella época en la que se conoció la libertad de testar y, en el segundo, en el que ya existe una especificación temporal – las XII Tablas -, la alusión a dicha libertad lo es de “legar” y no de “testar”.

Además, están aquellos que simplemente han preferido prescindir de cualquiera introducción histórica en sus obras. En este sector doctrinal se debe incluir a CASTÁN TOBEÑAS: “desde la Ley de las XII Tablas, el testador dispuso en Roma conforme al *ius*

⁵⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama del Derecho civil*, Madrid, 1973, pág. 286.

⁵⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XI, Artículos 806 a 857, 2ª edición, revisada y aumentada, Madrid, Edersa, 1982, pág. 2.

⁵⁹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica, Derecho de sucesiones*, Tomo VI, Madrid, Edersa, 1979, págs. 564 y 565.

⁶⁰ ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, Tomo V, 5ª edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pág. 434.

⁶¹ O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tomo V, 6ª edición, Madrid, Dijusa, 2007, pág. 256.

⁶² O’CALLAGHAN, X.: *op. cit.*, pág. 260.

⁶³ BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testa. De la legítima al Derecho sucesorio de alimento*, Madrid, Dykinson, 2012, pág. 57.

civile de omnímoda libertad para instituir o desheredar a los *sui*”⁶⁴. Para RAGEL SÁNCHEZ: “la legítima romana clásica partía de una base, la libertad general de testar del *deuius* consagrada desde la Ley de las XII Tablas”⁶⁵.

PASTOR Y ALVIRA, promovió la siguiente interpretación: “La omnímoda libertad que las XII Tablas confirieron al *paterfamilias* para disponer de sus bienes *mortis causa* sufrió con el tiempo dos restricciones”⁶⁶. Diversos autores al tratar del Derecho romano tardío dan por supuesta la existencia de esta libertad: “la libertad absoluta de las XII Tablas para disponer de los bienes ya no existe”⁶⁷.

Otro sector doctrinal, con mayor comedimiento a la hora de puntualizar la fecha de esta manifestación de la libertad civil – que, a nuestro juicio, existió en algún momento determinado de la historia de Roma –, introducen determinados matices tendentes a demorar cronológicamente la datación: A limitar la libertad de testar que la Ley de Las XII Tablas otorgaba en la práctica al ciudadano romano. “Dentro del régimen de la absoluta libertad testamentaria que se practicaba en Roma, atenuado sólo desde finales de la República”⁶⁸. Para el Profesor LACRUZ BERDEJO⁶⁹: “en el Derecho romano de la época republicana el testador era libre para disponer de sus bienes como quisiera, destinándolos pues, a parientes, o bien excluyendo a éstos y atribuyéndolos a extraños”.

2.- Contenido Jurídico de las XII Tablas

De las disposiciones que comprendieron el contenido de las XII Tablas, cabría destacar, como hace FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁷⁰, sus notas más características: 1.-) la precisión con la que se reguló el desarrollo del proceso civil; 2.-) el papel relevante que

⁶⁴ “Las formas de disposición hereditaria de la época de las XII Tablas constituyen, más que un verdadero testamento, una especie de adopción hereditaria o institución contractual, y parece representar una fase intermedia o de transición entre la primitiva sucesión legítima y la sucesión propiamente testamentaria”, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. II, Madrid, 1979, pág. 151.

⁶⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º del Código civil*, Madrid, Dykinson, 2004, pág.28.

⁶⁶ PASTOR Y ALVIRA, J.: *Manual de Derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*, Tomo II, 3ª edición, Madrid, De la viuda e hija de Gómez Fuentenebro, 1903, pág. 65.

⁶⁷ PASTOR Y ALVIRA, J.: op. cit., pág. 161.

⁶⁸ SAMPER POLO, F.: << Pars debita en el Derecho romano vulgar >>, en *Studia et documenta historiae et iuris*, núm. 37, 1971, pág. 75.

⁶⁹ En RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 311.

⁷⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., págs. 82 a 91.

se le atribuyó a la *gens* y a la familia agnaticia; 3.-) el formalismo procesal y negocial; 4.-) la escasa relevancia de los negocios derivados del tráfico mercantil; 5.-) la minuciosidad con la que se tipifican los delitos; 6.-) la importancia reconocida a las artes de magia y 7.-) la prevalencia de la propiedad o riqueza inmobiliaria sobre la mobiliaria.

El contenido de cada una de las tablas es comentado, minuciosamente, por dicho autor, de la forma siguiente:

El Derecho procesal civil se recogió en las tres primeras tablas, consiguiendo la exposición más orgánica y sistematizada de una materia en el conjunto de la codificación. Procesalmente las XII Tablas significan el encuadramiento de la defensa privada dentro de normas legales, es decir, del primitivo sistema de autodefensa privada se pasó a un sistema estatal, público, sobre la decisión de las pretensiones entre particulares.

Del análisis de la normativa que se comenta, se desprende como relevante la participación activa de las partes intervinientes en el desarrollo del proceso, en detrimento de la autoridad jurisdiccional. Así, por ejemplo, la citación del demandado quedaba a cargo del actor o demandante. Si el demandado no acudía ante el magistrado, el actor podía conducirlo mediante la fuerza. La resolución del pleito, es decir, la opinión o parecer sobre el asunto era dictada no por el magistrado ante quien comparecían las partes, sino por un particular que, por previo acuerdo entre ellas, haría de juez. El ausente que no hubiese justificado su incomparecencia perdía el litigio, dictándose sentencia a favor de la parte presente.

Existía la regulación de dos procedimientos diferentes, según que se reclamase un derecho sobre cosas o una potestad sobre personas, o bien, que se reclamase un derecho de crédito, una deuda de dinero o de cosa. En el primer caso, la tramitación era la propia de la *legis actio sacramento*. En el segundo, la reclamación se haría mediante la *legis actio per iudicis postulationem*, acción de la ley por petición de un juez.

En estas primeras tablas, se regulaba con bastante minuciosidad la ejecución de la sentencia que, en aquella época, y hasta la promulgación de la *lex Poetelia Papiria* tenía carácter personal. Era clara la crueldad de esta ejecución personal por el

incumplimiento de una sentencia dictada en un procedimiento civil. El condenado que no acataba la sentencia, tras una serie de trámites y plazos que se le otorgaban para poder cumplir, podía convertirse en esclavo del ganador.

Todavía en las XII Tablas no se eliminan totalmente los actos de defensa privada, pero ahora se hallan ritualizados, encuadrados dentro de formas legales solemnes – *certa verba* –, con gran carga religiosa, en cuanto el *sacramentum* de la primitiva *legis actio sacramento* conduce a una pena religiosa antes que a una sanción civil⁷¹, prevaleciendo, en parte, los mencionados actos de defensa privada.

En la tabla IV se establecieron las disposiciones que se mencionan: se reguló la transferencia temporal de un hijo a un tercero a cambio de una cantidad de dinero, para que realizase ciertos trabajos, con la advertencia de que si se realizaba esta actuación tres veces perdería la patria potestad sobre ese hijo, a título de sanción. La interpretación de esta norma hizo que se utilizara la prescripción contenida en la misma con el fin de crear la institución conocida, desde entonces, hasta la actualidad, con la denominación de emancipación, que implicaba la salida de la patria potestad paterna y la mayoría de edad. Utilizando la ficción de una triple transferencia del hijo para la misión mencionada, el padre procedía en realidad a su emancipación.

Asimismo, se reguló en dicha Tabla una disposición relativa a la formalidad del divorcio por parte de la mujer, que consistía en ausentarse, con esta intención, durante tres noches consecutivas del propio domicilio conyugal, interrumpiendo la convivencia, lo que hacía presumir su voluntad de disolver el matrimonio.

En la Tabla VI se regularon las principales figuras o negocios jurídicos que se utilizaron en el siglo V a.C. para adquirir o transmitir cosas, dinero o potestades sobre las personas. Estas fueron, el *nexum*, la *mancipatio*, la *usocapio* y la *sponsio*; esta última exigible a través de la vía de la *legis actio per iudicis postulationem* y consistente en una promesa verbal y solemne del promitente de entregar dinero al estipulante en un tiempo futuro.

⁷¹ FUENTESECA DEGENEFEE, M.: *Investigaciones de Derecho procesal romano*, Salamanca, 1969, págs. 51 y ss.

El *nexum*⁷² implicaba la responsabilidad personal del deudor, que quedaba materialmente sometido en persona al acreedor, redimiendo la deuda contraída mediante su trabajo, o bien, en una posición de sometimiento próximo a la esclavitud, hasta que cumpliera su obligación. Esta forma cruel y rudimentaria que garantizaba el cumplimiento de una obligación civil, quedó derogada con la aprobación de la *lex Poetelia Papiria* en el año 326 a.C. Lo que pone de manifiesto que, hasta entonces, la proporcionalidad que existía entre la exigencia de la norma y el cumplimiento de la obligación, brillaba por su ausencia.

La institución de la *usucapio* encontró su reconocimiento legal en la publicación de las XII Tablas y, desde aquella época, continúa teniendo gran relevancia hasta nuestros días. Dicha norma permitió la adquisición de la propiedad o del derecho real por el adquirente, tras la posesión continuada de la cosa – *usus* – y la *auctoritas*, durante el tiempo establecido por la Ley – uno o dos años, según la naturaleza de las cosas -. La *auctoritas* hacía referencia a la garantía que debía prestar el transmitente hasta que el adquirente convalidase su posición por el transcurso del tiempo – *usus* -, significando, por tanto, la *usucapio*, la adquisición de una cosa – posteriormente también el derecho – por el transcurso del tiempo legal establecido.

La *mancipatio* era un acto solemne de transmisión o adquisición de derechos sobre cosas o potestades sobre personas.

La *in iure cessio* hacía referencia al hecho de que a lo largo de un proceso civil el demandado cedía o se allanaba a la pretensión del demandante, lo que producía una resolución del magistrado confirmando la petición del actor.

La *in iure cessio* podía ser utilizada por las partes con un objetivo negocial consistente en ponerse previamente de acuerdo las partes antes de iniciarse el proceso sobre el desarrollo del mismo, estableciéndose que el adquirente cumpliría el papel de demandante y el transmitente el de demandado que se allanaría a la petición de dicho demandante. El magistrado convalidaría el acuerdo previamente establecido por las

⁷² GUARINO MEZQUINO, A.: *Derecho privado romano*, Nápoles, 2002, pág. 141, atribuye no tanto a su brutalidad como a su carácter antieconómico esta larga evolución que va desde las XII Tablas a la *lex Poetelia*.

partes. Es decir, la *in iure cessio*, fue un modo derivativo de adquisición de la propiedad, en el que en un litigio simulado, la cosa en cuestión era reivindicada por el adquirente ante el magistrado como suya, no oponiéndose a ello el titular del dominio sobre esta, declarándose por tanto propiedad del primero.

En la tabla VII se establecieron una serie de disposiciones referidas, entre otras, a las siguientes cuestiones: vías y solares de comunicación; anchuras mínimas de las vías en las rectas y en las curvas; límites entre fundos; acción procesal para delimitar los confines entre fundos; litigios sobre deslinde y su arbitraje; obligación de cortar las ramas que pasan al fundo colindante; posibilidad de recoger los frutos caídos en el fundo contiguo.

Las Tablas VIII y IX tratan de los delitos y del procedimiento criminal⁷³. Se caracterizan por su contenido tanto de normas muy arcaicas como normas modernas, lo que refleja un periodo de transición. En estas tablas aparece implícitamente la distinción entre dos ámbitos del derecho penal, el derecho público y el derecho privado.

El público se ocuparía de los *crimina* o ilícitos penales que eran atentados contra el pueblo romano, como el *perduellio* o traición al pueblo romano y de los delitos más graves, perseguibles de oficio. El privado se ocuparía de los *delicta*, ilícitos privados, de menor gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares.

Asimismo, se caracterizan por las notas que se comentan:

1.-) Aún se conservan vestigios de reconocimiento de la venganza privada, aunque ya sometida al límite de la ley del talión, como forma de reparar el daño o la ofensa recibida.

2.-) Quedaron elementos de naturaleza religiosa en la configuración de ciertos supuestos considerados delictivos y en la imposición de determinadas penas concretas.

⁷³ TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Madrid, Edisofer, 2002, pág. 132. “Las XII Tablas recogen así el viejo principio de la venganza privada; la ferocidad primitiva sigue siendo reconocida, pero comienzan a admitirse usos más humanos, intentando proporcionar la venganza a la ofensa, y facilitándose la composición económica entre delincuente y ofendido. Otro principio general en materia penal de las XII Tablas es que sólo se consideran los delitos dolosos: aquellos en los que el delincuente ponía una voluntad deliberada de lograr un resultado antijurídico”.

3.-) La regla general era que sólo se consideraba culpable a aquél sobre el que había recaído una sentencia condenatoria dictada por un magistrado o tribunal.

4.-) El poder coercitivo que implícitamente se reconocía a algunos magistrados impedía, en relación con el Derecho penal de la época, sostener la idea de que no existía delito ni pena sin ley. No obstante, la mayoría de los supuestos delictivos y de las penas correspondientes se encontraban tipificados. En la Tabla IX se establece la prohibición de concesión de privilegios por lo que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

5.-) Partía de la concepción penalista estructurada en las tablas citadas para proceder, a fines de la República, a la fundamental distinción entre delitos públicos o crimina, considerados graves o lesivos para la comunidad en su conjunto, y por tanto perseguibles, a instancia de parte perjudicada o de oficio, por el magistrado competente y sancionados con penas personales aflictivas o penas pecuniarias, y delitos privados que eran acciones delictivas menos graves, perseguibles sólo a instancia de parte y sancionadas con penas pecuniarias.

La Tabla X contenía disposiciones referidas al Derecho sacro, tales como, entre otras: la prohibición de que fuesen quemados y enterrados en la ciudad los cadáveres; la prohibición de hacer hogueras o piras funerarias a cierta distancia de los edificios; las restricciones relativas a gastos o lujos en los entierros; la no usucapión de los terrenos sepulcrales. Las pompas fúnebres debían ser hechas con sobriedad; las mujeres no debían rasgarse las mejillas ni arrojar gritos inmoderados en los entierros; un esclavo no podía ser embalsamado.

En las Tablas XI y XII se regularon materias de naturaleza diversa, entre las que cabe mencionar: la prohibición de consagrar a los dioses cosas que fueran objeto de litigio; la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos, y la derogación de una ley anterior por una ley posterior. Pero, según manifiesta CASTRO SÁENZ⁷⁴: “las XII Tablas fueron para los romanos no sólo ley, sino también arte, El texto emblemático de Roma, como la *Iliada* lo fue de Grecia”.

⁷⁴ CASTRO SÁENZ, A.: op. cit. pág. 117.

Asimismo, TORRENT RUIZ⁷⁵, expone de forma exhaustiva el contenido de las XII Tablas.

3.- La libre disposición de los bienes para testar

Tras el breve análisis del contenido jurídico de las Tablas citadas, como primer Derecho escrito de la Roma primitiva, pasamos a comentar más en detalle el de la Tabla V por tratarse de normativa relevante para nuestro estudio.

“En materia de sucesiones se daba preferencia a la sucesión testada en relación con la intestada. Si la sucesión era intestada la ley establecía como primeros herederos a los herederos *sui*, de derecho propio, esto es los hijos y la mujer como una hija más. Si no había herederos *sui*, heredaba el agnado más próximo al fallecido; aquellos parientes que estuvieron sujetos con el fallecido a la potestad de un ascendiente común. Si tampoco existían herederos agnados, heredaban los gentiles, aquellas personas con el mismo gentilicio o apellido que derivaban de la misma *gens* que el fallecido”⁷⁶.

En materia de herencia se admitía que la *pecunia* o los bienes muebles se traspasaran a personas ajenas a la familia, estableciéndose por primera vez la institución hereditaria del legado, lo que ponía claramente de manifiesto la libertad de que gozaba un propietario, con sus bienes, a la hora de hacer testamento⁷⁷.

Herederos por excelencia eran, pues, los *heredes sui*, es decir, todos los que se hallaban por nacimiento, adopción o bajo la potestad directa del testador. Entre ellos, la herencia se distribuía por igual - por cabezas -, sin distinción de sexos, pero los que eran *sui* por haber premuerto – o haber sido emancipado – el ascendiente cuya supervivencia en la familia les hubiera impedido ser *sui*, heredaban por líneas o, desde la Baja Edad Media, por Derecho de representación, es decir, distribuyendo cada grupo de la misma línea la parte correspondiente al ascendiente premuerto – o pre emancipado -.

⁷⁵ TORRENT RUIZ, A.: << Derecho público >>, op. cit., págs. 126 a 134.

⁷⁶ <https://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html> (Consultado 21/12/2019).

⁷⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., pág. 85.

Con el fin de clarificar lo que debía entenderse por herederos legítimos y por herederos forzosos o legitimarios, D'ORS⁷⁸ manifiesta: "Entendemos por herederos legítimos aquéllos que heredan de quien no ha dejado testamento – sucesión ab intestato -, y por forzosos o legitimarios aquéllos herederos legítimos que pueden impugnar el testamento que les perjudica – sucesión forzosa -".

Por otra parte, en el ámbito de la sucesión intestada prevalecía el parentesco agnaticio y el vínculo gentilicio sobre el cognaticio: en el supuesto de que falleciera el paterfamilias intestado y no tuviese herederos legítimos, le sucedían los parientes agnados y, a falta de éstos o de su renuncia, los gentiles.

Asimismo, se establecieron: una disposición reguladora de la tutela de las mujeres que ni estaban sometidas a patria potestad ni habían contraído matrimonio; una especial protección, a la que se le dio el nombre de curatela - denominación esta que junto a la de tutela, se conserva en nuestro Derecho actual -, aplicable a los dementes y a los pródigos y disposiciones relativas a la división proporcional de deudas y créditos entre los herederos y a la acción de división de la herencia entre los coherederos.

De acuerdo con las XII Tablas, cuando una persona fallecía sin haber realizado testamento, le heredaban sus descendientes legítimos bajo patria potestad directa – *heredes sui* -, y, en su defecto se ofrecía la herencia a los agnados de grado más próximo o, si no los había de grado cierto, al grupo de los gentiles⁷⁹, llamamiento este último, que no tenía ya vigencia en época imperial.

Con relación a las categorías de herederos que hubo, TORRENT las comenta de forma amplia. Existieron dos categorías de herederos en el Derecho romano una de ellas la formaban los *heredes* necesarios, que a su vez se subdividía en dos categorías: la constituida por los herederos *sui et necesarios*: todos aquellos que se hallaban sujetos a la potestad del causante en el momento de su muerte y que, por ese motivo, eran automáticamente llamados tanto a la sucesión testamentaria como a la ab intestato. En

⁷⁸ D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A. *Elementos de Derecho privado romano*, 6ª edición, Pamplona, Eunsa. 2016, pág. 161.

⁷⁹ TORRENT RUIZ, A.: << Derecho público >>, op. cit., pág. 130.

concreto se trataba de los herederos familiares o domésticos, sujetos pertenecientes a la familia, es decir, los hijos de ambos sexos que no estaban emancipados, la mujer del causante, nueras o, en general, todos los libres que se encontraban bajo la potestad del disponente; otra la formaban los herederos necesarios: eran únicamente los esclavos instituidos herederos y al mismo tiempo manumitidos por el propio testamento. De esta manera, el esclavo se hacía heredero, ciudadano romano y libre.

La segunda categoría la formaban los herederos extraños, también denominados voluntarios, que eran todos aquellos que no formaban parte de la familia del causante. La diferencia entre las dos categorías de herederos citadas no presentaba ningún tipo de duda. Los herederos de la primera – tanto los *sui et necesarios* como los necesarios – recibían la herencia de pleno derecho en el mismo instante de la delación, sin tener que realizar ningún acto de aceptación, pero no tenían posibilidad de renuncia. Se convertían, sin más, en herederos por el mero hecho de encontrarse bajo la potestad del testador. De ahí el nombre de necesarios, porque sin contar con su voluntad se convertían en herederos los hijos tanto a través del testamento como *ab intestato* y los esclavos sólo mediante testamento.

Por el contrario, los herederos ajenos a la potestad del testador, o voluntarios, necesitaban un acto de aceptación para recibir la herencia, lo que significaba que podían libremente aceptarla o renunciar a ella, lo que justificaba el calificativo de voluntarios. Por lo tanto, resultaba evidente que mientras no tuviese lugar ese acto de aceptación por dicho heredero, se hallaba en suspenso la eficacia de las disposiciones contenidas en el testamento provocando que no se produjesen ningún tipo de efectos. Así, resultaba que: sustituciones, manumisiones y legados, entre otras, se encontraban en expectativa de hacerse firmes desde el momento de la delación hasta la aceptación por parte del llamado⁸⁰

Asimismo, TORRENT se refiere a la cláusula *si volet* – si quiere – a la que podían acogerse los herederos *sui et necesarios*. En relación a la primera categoría de herederos citada, tanto los hijos como los esclavos se convertían en herederos *ipso iure* tras la

⁸⁰ TORRENT RUIZ, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, Mira editores, 1991, págs. 595 y 596.

muerte del causante, por lo que no cabía considerar que las disposiciones testamentarias se hallaron sujetas a la condición legal de aceptación de la herencia. No había que tener en cuenta si querían o no, ya que por su condición de herederos necesarios tenían que aceptar la herencia. No obstante, el testador podía instituir a estos herederos bajo una “cláusula *si volet*”, mediante la cual se conseguía la permuta de heredero necesario por la de voluntario.

Con el uso de la mencionada cláusula, práctica que se daba desde finales de la República, se trataba de paliar los perjuicios que les podía ocasionar a los *sui et necessarii* la adquisición hereditaria correspondiente, dejando a la libre voluntad del llamado aceptar o rechazar la herencia⁸¹.

Desde que la Ley de las XII Tablas reconociera la posibilidad de incluir en el testamento disposiciones de carácter patrimonial a favor de personas ajenas a la familia, se difundió tanto en la práctica, que la jurisprudencia romana le dedicó amplios estudios, como lo prueba los siete libros del Digesto que Justiniano le reservó – del XXX al XXXVI –, lo que ponía de manifiesto la importancia que se le dio a la libertad de disposición del propio patrimonio para testar⁸².

D.- EL DERECHO PRETORIO Y LA *BONORUM POSSESSIO*

El rígido y arcaico *ius civile* suponía un injusto sistema de reconocimiento de los herederos del causante. Así la Ley de la XII Tablas contemplaba la jerarquía sucesoria “ab intestato” de los “*sui*”, luego los vinculados agnaticamente con el difunto, y finalmente los gentiles. Entonces no podrían ser declarados herederos no sólo los ascendientes, las mujeres y los hijos emancipados del causante que no estuvieran bajo la patria potestad del causante, sino que también se incluían los agnados que habían perdido sus derechos civiles al extinguirse por lo tanto el vínculo agnaticio, o asimismo los hijos de un extranjero si no se le otorgaba conjuntamente con el padre la ciudadanía⁸³.

⁸¹ TORRENT RUIZ, A.: << Manual de Derecho >>, op. cit., págs. 596 y 597.

⁸² FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: op. cit., págs. 91 y ss.

⁸³ IGLESIAS REDONDO, J.: op. cit., pág. 583.

Por lo anterior, este sistema era el cultivo para una, más que probable, injusticia. La prosperidad de esta regulación, claramente, tendía más hacia la extinción que hacia la consolidación. Los vínculos cognaticios empezaban a imponerse con mayor fuerza, al tiempo que los agnaticios se precipitaban hacia su desaparición en tiempos de la República⁸⁴.

Puesto que la norma jamás fue derogada, tuvo que convivir con las nuevas reivindicaciones sociales que originaban la intervención del Pretor⁸⁵. Estas reformas de los magistrados republicanos⁸⁶ constituían verdaderas interpretaciones jurisprudenciales porque completaban, suprimían y corregían las leyes

Debido a que en el antiguo sistema civil primaba los vínculos agnaticios sobre los de sangre, era motivo más que suficiente para que no pudiese sobrevivir durante mucho tiempo. Desde que comenzó a descomponerse la familia agnaticia durante la misma República, y dado que la interpretación del Derecho civil no podía proporcionar nuevas vías que superaran esta situación, es por lo que apareció y se fue imponiendo el sistema pretorio de sucesión hereditaria.

El Pretor, a finales de la República, fue quien proporcionó un sistema hereditario romano más moderno, Introduciendo un nuevo orden sucesorio que modificó totalmente el sistema civil, siendo en materia hereditaria donde mejor se notó la bondad de la acomodación pretoria a las exigencias de la economía y de la justicia, desarrollando un nuevo sistema, la *bonorum possessio*, que fue un sistema nuevo y completo de sucesión hereditaria, tanto testamentaria como legítima contra el testamento. Posiblemente, en el campo del Derecho hereditario fue donde resultó ser más radical y profunda, dicha innovación, que en otros sectores del ordenamiento.

La intervención del pretor no tenía por objeto constituir herederos, pero sí estaba a su alcance hacer un llamamiento a determinados sujetos para que se convirtieran en "*bonorum possessores*", o lo que es igual, no adquirirían en propiedad el

⁸⁴ TORRENT RUIZ, A.: << Manual de Derecho >>, op. cit., págs. 582 a 584.

⁸⁵ En Roma, los cónsules y los pretores eran los magistrados de más alta alcurnia. Los primeros asumían funciones de un calado más político y castrense, mientras que los pretores, principalmente, ejercían funciones del poder judicial.

⁸⁶ Su trascendencia se pone de manifiesto en el D. 1. 1. 8.

patrimonio fruto de la herencia como una propiedad civil y por tanto no era un “*dominus ex iure Quiritium*”, ya que su llamamiento no procedía del “*ius civile*”, sino del denominado “*iure pretorio*”. Es conveniente distinguir entre la “*bonorum possessio sine re*”, cuando la posesión está sometida al “*ius civile*” y estando al alcance del heredero solicitar los bienes. En sentido opuesto, está la “*bonorum possessio cum re*” o lo que es igual, tiene preferencia el poseedor frente al heredero y tiene la opción de enfrentarse a este último mediante la “*replicatio doli*” o “*exceptio*”.

Mediante el edicto, el pretor ofrecía un determinado bien “*In bonis habere*” amparado por la “*actio Publiciana*”⁸⁷. No cabe, en ese caso, para el “*bonorum possessor*” la posibilidad de ejercitar “*actiones directae*”, ya que no es un heredero legitimado, sino que debía simular dicha condición mediante una fórmula ficticia la “*ficto se herede*”, para asegurarse lo que le perteneciese del inventario hereditario.

Como acertadamente manifiesta, a nuestro entender, FUENTESECA DEGENEFEE, “se trata de una situación de dúplex dominium en la que el *bonorum possessor* no tiene la condición de sucesor legítimo *in locum et ius defuncti* sino el apoyo del derecho pretorio”⁸⁸.

En sentido técnico puede decirse que el pretor no creó un nuevo heredero, ya que no podía hacerlo al margen del *ius civile*, sino que la *bonorum possessio* fue un instituto meramente posesorio, ya que el pretor concede la *possessio* de los bienes hereditarios a una persona, y le protege con el interdicto *quorum bonorum*, que tutelaba su posesión de los bienes de la herencia. No obstante, el *bonorum possessor* podía sucumbir ante quien presentase mejor título posesorio – título civil -, pero en sede meramente posesoria el pretor podía conceder la *possessio* de los bienes a quien se la reclamase después de una *causae cognitio* que consistía en examinar el fundamento del requerimiento. Desde el punto de vista técnico el *bonorum possessor* no fue un heredero, pero las consecuencias prácticas le asimilaban a él.

⁸⁷ “Acción ficticia para proteger a quien no siendo propietario quiritario es poseedor de buena fe y puede adquirir la propiedad por usucapión. Era una acción semejante y paralela a la reivindicatio que el pretor concedía al propietario bonitario que ha perdido la posesión para recuperarla”. GARCÍA GARRIDO, M. J.: *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 2003, págs. 14 y 15.

⁸⁸ FUENTESECA DEGENEFEE, M.: *La formación romana del concepto de propiedad: (dominium, proprietas y causa possessionis)*, Madrid, 2004, pág. 144.

El pretor fue admitiendo como poseedores, a los que la ley no reconocía como tales; a particulares que no tenían reconocido este derecho por la legislación vigente. De una forma sucesiva y lenta, partiendo de esta tutela posesoria, el pretor vino a configurar la *bonorum possessio* como un verdadero sistema de sucesión hereditaria, que beneficiaba en primer lugar a los herederos civiles en el caso de la *bonorum possessio secundum tabulas*, pero también a los que sin tener título civil eran amparados por el pretor análogamente a los herederos civiles e incluso contra los que tuvieran un título distinto del civil – *bonorum possessio contra tabulas* -.

De este modo se configuró un nuevo sistema sucesorio donde el *bonorum possessor* en base al título pretorio tenía reconocido el *in bonis habere*, que poseyéndolo continuamente durante el tiempo requerido, le permitía adquirir por usucapión la propiedad de los bienes hereditarios poseídos. No era un heredero civil, pero en la práctica era un heredero universal en la titularidad de los bienes adquiridos como *universitas*, y no como adquirente de los bienes singulares. Esto equiparaba la *bonorum possessio* pretoria a la *hereditas civilis*.

Después que el pretor concedía la posesión de los bienes⁸⁹, el beneficiario podía conseguir mediante los interdictos, la obtención de la posesión que se le había reconocido por el pretor. El interdicto más conocido era el “*quorum bonorum*”⁹⁰, válido para solicitar los bienes de aquél que los tuviese en posesión o ya los adquiriese como heredero “*possessor pro herede*”, o se procediese a debate sobre la posibilidad del derecho “*possessor pro possessore*”.

La *bonorum possessio* significaba la novedad de reconocer un derecho de sucesión a nuevas categorías de personas que no eran consideradas por el *ius civile*, introduciendo una regulación posesoria de la posición de los llamados con cierto orden de delación, que aplicaba tanto al sistema testamentario como al ab intestato. Incluso en el ámbito de la sucesión testamentaria estaba favorecida la voluntad del testador con el reconocimiento de un nuevo tipo de testamento para el que no se requerían las

⁸⁹ La posesión la podía conceder el pretor mediante Edicto o Decreto. Era por medio de Edicto, cuando así se establecía, y por Decreto una vez que se estudiaba la pretensión y las causas concretas del supuesto.

⁹⁰ Podía confundirse con la petición de la herencia. Mientras a través de ésta se reclamaba un derecho propiamente hereditario y podía recaer sobre bienes corporales e incorporeales, el interdicto en cuestión interesaba la posesión sobre cosas corporales.

formas civiles; esto llevaba al reconocimiento del testamento pretorio y por ende a la aplicación de la *bonorum possessio*. La coexistencia de ambos sistemas – civil y pretorio – ocasionó una jerarquía entre ambos. En principio prevalecían los herederos según el *ius civile* hasta un cierto límite en el que se daba preferencia a los pretorios.

Ahora bien, quien pertenecía a una clase anterior, fuese sucesor civil o pretorio, tenía siempre el derecho de suceder con preferencia a quien viniese después, fuese este último sucesor civil o pretorio. El sucesor pretorio debía pedir la *bonorum possessio* al pretor, ya que sólo la autorización pretoria para poseer condicionaba su derecho y la defensa del mismo.

Del pretor se podía conseguir la posesión de la herencia, que podía ser una posesión cualificada, y adquirir la propiedad de las cosas hereditarias sólo mediante usucapión. El pretor no creaba derecho, y no podía crear nuevos herederos al margen del *ius civile*, sino que a través de la tutela procesal concedida a los *bonorum possessores* fue creando una nueva figura de herederos que acabarían por sustituir a los herederos civiles, sin conceder el título de heredero, sino que ponía a las personas en posesión de los bienes hereditarios; tampoco protegía con acciones civiles a los *bonorum possessores*, sino a través de interdictos y fórmulas pretorias ficticias, que acababan por situar al *bonorum possessor* como si fuera heredero civil, dando lugar a un nuevo sistema sucesorio que superaba el arcaísmo del *ius civile*, acomodando la sucesión hereditaria a la búsqueda de la modernidad que exigía el desarrollo del ordenamiento jurídico romano.

El pretor ofrecía la *bonorum possessio* sine tabulas – intestada – o contra tabulas – forzosa – a personas de la familia que no coincidían perfectamente con las llamadas por las XII Tablas, pues daba entrada a los cognados, no considerados por la ley.

E.- LOS DIVERSOS LLAMAMIENTOS DEL PRETOR

El pretor, que era un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la de cónsul, tenía como función principal la de administrar justicia en la fase *in iure*. De ahí que se dedicase a unos determinados llamamientos a varios grupos de personas que poseían un cierto derecho a recibir una

herencia. Resulta de interés, a nuestro juicio, comentar los siguientes llamamientos sucesivos que el pretor hacía, que los designaba por referencia a las primeras palabras de la cláusula del Edicto donde se hacía el llamamiento a cada uno de los siguientes grupos de personas:

a.-) El llamamiento *unde liberi*: Aquí aparecían llamados los *sui* más los hijos emancipados del causante⁹¹. La herencia se repartía entre todos ellos, fuesen hijos e hijas, exactamente igual como entre los *sui* del orden legal, es decir, con derecho de representación a favor de la descendencia de un hijo varón premuerto o pre emancipado. El pretor vino a reconocer la descendencia natural con el llamamiento a favor del hijo emancipado.

Representaba un claro progreso de la cognación el llamamiento del hijo emancipado, pero ocasionaba una igualdad injusta entre los *sui* que no habían podido obtener un patrimonio propio por haber permanecido bajo potestad, y los emancipados, que tenían, como *sui iuris* que eran, su propio patrimonio; por dicho motivo, el pretor imponía, a los emancipados que solicitaban la *bonorum possessio* – sine *tabulis* o contra *tabulas* -, el deber de aportar para el cómputo del caudal hereditario el valor activo de su propio patrimonio, en la medida en que venía a perjudicar realmente a los otros *liberi*.

El pretor defendía a estos *liberi* cuando hubiesen sido preteridos, y les proponía en contra de tal testamento, a lo largo de un año, la *bonorum possessio* contra *tabulas*. En el supuesto de que la preterición fuese de un hijo *suus*, el testamento perdía todo su efecto y se le ofrecía la *bonorum possessio* sine *tabulis*; si se trataba de una hija o unos nietos *sui*, o de un emancipado, caían las instituciones de heredero, pero se respetaban las substituciones pupilares y las desheredaciones y también determinados legados, que gravarían proporcionalmente las cuotas de todos los *liberi* que hubiesen obtenido la *bonorum possessio*.

⁹¹ D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A.: op. cit., pág. 164, comenta sobre los emancipados llamados por el pretor, aunque excluidos por la ley, eran no sólo los hijos que el causante había emancipado, sino también, en su defecto por premoriencia, la propia descendencia legítima del hijo nacida después de la emancipación; también los hijos dados en adopción y luego emancipados por el adoptante, y los hijos que el causante tuvo antes de ser emancipado él y que quedaron bajo la potestad del abuelo; no entraban, no obstante, los hijos adoptados y luego emancipados por el causante, ni los hijos dados en adopción y luego no emancipados.

b.-) El llamamiento *unde legitimi*: Este segundo llamamiento coincidía exactamente con el de la ley: los *sui* volvían a ser llamados – sin la concurrencia de los emancipados - y los agnados próximos, pero éstos en defecto de los *sui*, pues en este orden – lo mismo que en la ley a que se acomoda – no hay llamamientos sucesivos, por lo que la *bonorum possessio* era *sine re* frente a un heredero civil preferente⁹². Se favorecía al patrono – o, en su defecto, a sus descendientes - en la sucesión del liberto, con el derecho a reclamar la *bonorum possessio* en una proporción legítima, que era de la mitad de los bienes del liberto, fuese *sine tabulis* o contra tabulas. Este derecho quedaba excluido cuando el liberto quedaba *liberi* por naturaleza que heredaban ab intestato o por testamento, o sí, por haber sido preterido, solicitaban la *bonorum possessio* contra tabulas; no, si habían sido desheredados.

c.-) El llamamiento *unde cognati*: Este tercer llamamiento – *sine re* – se hacía a los más próximos parientes por cognación, incluyendo los agnados por adopción, que se consideraban como equiparados y eran llamados también a la herencia de la familia propia. Se llamaba hasta el sexto grado de línea colateral, o, en la herencia de un sobrino – hijo de un primo hermano -, hasta el hijo o hija del otro sobrino, que estaba en séptimo grado. Por este llamamiento *podían heredar la madre y el hijo sui iuris recíprocamente, como agnados de primer grado, excluyendo a los hermanos cognados – segundo grado -, pero quedando postergados frente a cualquier agnado, y la madre, incluso frente al padre que sea simple cognado por no ser patrono*⁹³. Los cognados póstumos ya concebidos eran tenidos en cuenta.

d.-) El llamamiento *unde vir et uxor*: Mediante este llamamiento se ofrecía – *sine re* - la *bonorum possessio sine tabulis* al cónyuge viudo.

e.-) El llamamiento *cui heres non extabit*: En este Edicto se anunciaba que, si no aparecía ningún heredero para reclamar la herencia, que considerara que tenía derecho si a ella, se decretaría la misma a los acreedores. Desde la legislación

⁹² D'ORS Y PÉREZ PEIX, A.: op. cit. pág. 165, manifiesta: "Para los bienes dejados por una mujer no tiene aplicación el edicto << unde liberi >>, ni el llamamiento de los *sui* en el << unde legitimi >>: pues la mujer no tiene descendientes civiles. Los *sui*, por su parte, son llamados sucesivamente como *liberi*, como *sui* y como *cognati*".

⁹³ D'ORS Y PÉREZ PEIX, A.: op. cit., pág. 166.

matrimonial de Augusto, tales herencias abandonadas se atribuyeron al Erario en *concepto de caducidad, pero, si estaban sobrecargadas de deudas, se dejaban a los acreedores*, conforme expresamente indicaba el Edicto correspondiente, que de esa forma resolvía el supuesto indicado.

F.- LA LEGÍTIMA CONTRA LA LIBERTAD DE TESTAR

El Derecho civil antiguo, así como el Derecho honorario, reaccionaron frente a la absoluta libertad de testar que tenía el *paterfamilias*, e impusieron limitaciones que afectaban formalmente al testamento. Tengamos en cuenta que, en efecto, un testamento no estaba ordenado “en forma” cuando el disponente silenciaba a los *sui* no instituyéndolos ni desheredándolos.

Con relación a la cuestión antes citada, PANERO GUTIÉRREZ⁹⁴ manifiesta: “A finales de la República en el Tribunal de los *Centunviro*s surge la idea de que no sólo es necesario nombrar a determinadas personas en el testamento, sino que, además, en el caso de que hayan sido instituidos, hay que darles una cierta cantidad de dinero, una concreta cuota de la herencia”.

El Derecho civil más reciente y el Derecho honorario – éste último en lo que se refería a la herencia del liberto – detuvieron la libertad para testar, es decir, disponer el testador para ello de todo su patrimonio, de tal forma que afectaba al propio contenido del testamento. Concretamente, se exigía que quien deseara y pudiese testar debería dejar parte de sus bienes a determinadas personas. Por considerarlas apropiadas a lo mencionado, comentamos a continuación las disciplinas: sucesión legítima formal y sucesión legítima real.

1.- Sucesión legítima formal

Los ciudadanos romanos, tenían en sus inicios una gran autonomía en su voluntad testamentaria, tanto para instituir herederos como, en su caso, para desheredarlos. La mencionada libertad fue disminuyendo con el tiempo, no sólo por la exigencia anterior, sino también por el cumplimiento de la obligación de dejar una

⁹⁴ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho romano*, 5ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 730.

porción de la masa hereditaria, por imperativo legal a unos herederos considerados forzosos "*heredes sui*", hizo disminuir en cierto modo la libertad de testar⁹⁵. Naciendo así, en el primer caso, la denominada legítima formal, que obligaba, como mínimo, a mencionar en testamento la institución de heredero o la desheredación y, en el segundo caso, la denominada legítima material, por la obligación de dejar una porción de la masa hereditaria a determinadas personas que poseían el carácter de legitimarios.

Debido a la importancia creciente que asumían en la evolución del Derecho romano la familia doméstica basada en el matrimonio y las relaciones entre los miembros de la misma, se planteaba la exigencia de tratar de asegurar una continuidad económica a la familia y, por consiguiente, impedir que los bienes de un paterfamilias, tras su muerte, fuesen destinatarias de los mismos, personas extrañas. Esto suponía la necesidad de limitar, en beneficio de los hijos, la plena libertad de testar de los ciudadanos romanos.

En el Derecho más arcaico, ante la existencia de un hijo varón sometido a la patria potestad, al testador no le quedaba otra que instituirlo heredero o desheredarlo nominalmente, y en principio sin motivar su decisión⁹⁶. La Ley decenviral parece que no estableció límites formales a la voluntad del testador, por lo que implícitamente se deduce la plena libertad testamentaria sin ninguna limitación legal⁹⁷.

Una primera manifestación de dicha tendencia apareció en primer lugar en las decisiones tomadas por la jurisprudencia de considerar roto un testamento cuando tras su elaboración, otra persona hubiese entrado por nacimiento, por legitimación, por concesión imperial, o por otras diversas causas, bajo la potestad del testador, y esto incluso si las mencionadas personas, antes de la adquisición de la patria potestas, hubiesen sido instituidas herederos por el mismo causante. Asimismo, se rompía el testamento si después de la muerte del testador había nacido un póstumo de éste, o bien sí, mientras él vivía, por la muerte de un sui, los hijos de este último, pasaban a ser, por derecho, familia directa del testador, en lugar del padre difunto.

⁹⁵ COMES DASI, F. J.: *Tratado teórico-práctico del arte de notaría*, Vol. 2, Barcelona, 1828, pág. 55.

⁹⁶ D. 28, 2, 4.

⁹⁷ Ley XII TABLAS, VI, I.

El avance de la jurisprudencia republicana fue significativo en este campo, sin violar teóricamente el principio de la libertad ilimitada de hacer testamento, sino actuando sobre la base de la interpretación de una voluntad atribuida presuntamente al testador, a saber, que éste no podía necesariamente, al manifestar sus últimas voluntades, no tener en cuenta la existencia de los hijos, o sea, tratando de intervenir dicha jurisprudencia, aunque de forma indirecta.

Según manifestación de los juristas clásicos, el testador podía instituir o desheredar a los hijos bajo su potestad; su voluntad era respetada, en un sentido u otro, pero estaba obligado a manifestarla de forma explícita y, por tanto, para que el testamento conservara eficacia, el testador debía mencionar de algún modo a todos los hijos existentes o futuros, o para instituirlos, aunque fuese con una mínima parte, o para desheredarlos.

Según VOLTERRA⁹⁸: “los hijos directos del testador debían ser desheredados nominalmente; las hijas y los hijos de otros hijos podían desheredarse de forma colectiva. La omisión de los primeros anulaba ab origine el testamento, el cual no volvía a adquirir eficacia ni siquiera si el preterido premoría al testador. La omisión de los otros no anulaba el testamento, pero los omitidos tenían el derecho de concurrir por una cuota de la herencia con aquellos que habían sido instituidos herederos; esta cuota era viril si los instituidos eran otros sui; era de la mitad del as si los instituidos eran otras personas”.

Es decir, si un hijo varón era preterido – no instituido ni desheredado –, el testamento era nulo, y aun en el supuesto de que el hijo muriese antes que el paterfamilias, se abría entonces la sucesión ab intestato. Sin embargo, el testamento era válido si la preterición afectaba a los restantes hijos existentes, pero éstos concurrían con los instituidos. Si los instituidos eran sui, obtenía cada preterido una cuota viril; en el caso de que fuesen extraños la mitad de la herencia les venía atribuida conjuntamente.

⁹⁸ VOLTERRA, E. – trad. DAZA MARTÍNEZ, J. -: *Instituciones de Derecho privado romano*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1986.

La sucesión legítima formal del *ius civilis* tenía su expresión en el siguiente principio: Los herederos por derecho propio han de ser instituidos o desheredados. El testador tenía que guardar cierta cautela con la institución o desheredación de heredero, ya que, si así no fuera, se exponía a que su testamento fuese nulo⁹⁹.

El testador debía de contar, para bien o para mal, con los hijos existentes en ese momento y con los que posteriormente llegaran. No era exigible que los instituyesen en una cuota determinada, sino en una porción cualquiera, y en el supuesto de que deseara no dejarles nada, debería proceder a su desheredación que, además, no precisaba que fuese motivada.

La preterición de un póstumo, fuera varón o hembra, e independiente de su grado, ocasionaba la nulidad del testamento, y, por lo tanto, la correspondiente apertura de la sucesión *ab intestato*. La sucesión legítima formal era aplicada por el pretor a los libres, fuesen hijos o emancipados. Ambos deberían ser instituidos o desheredados nominalmente, y lo mismo ocurría con el resto de hijos varones. Para las hijas y nietas se admitía la desheredación.

El pretor exigía al testador que instituyera o desheredase a todos aquellos a los que reconocía, en el supuesto de sucesión intestada, la facultad de reclamar la *bonorum possessio unde liberii*; A aquellos que habían sido preteridos, entre ellos los hijos emancipados que fueran todavía *sui iuris* a la muerte del testador, les concedía, si la solicitaban, la *bonorum possessio* contra tabulas, que era inamovible. Esta impedía a los herederos extraños instituidos en el testamento conseguir los bienes hereditarios.

Con la *bonorum possessio* contra tabulas las mujeres preteridas obtenían más de lo que podían conseguir a través del *ius civile*, puesto que, en lugar de obtener la mitad de los bienes hereditarios que habrían conseguido si hubieran sido instituidos herederos los extraños, recibían la posesión de la totalidad, eliminando a los herederos civiles.

El pretor confería al preterido la *bonorum possessio* contra tabulas, que era definitiva. Tenía la oportunidad de solicitarla incluso antes de que el instituido aceptase la herencia. En cuyo caso se decía que la petición se hacía contra el mismo testamento.

⁹⁹ GARCÍA GARRIDO, M. J.: *Derecho privado romano*, Madrid, 1994, págs. 915 y 916.

Les correspondía la *bonorum possessio* a los libres preteridos con tal de que no falleciesen antes que el testador. Y también a los propios instituidos, cuando tuvieran interés en la caída del testamento en el que otros libres eran preteridos. Ello podía ocurrir, sobre todo, cuando su institución no dejaba a salvo la entera porción que le correspondía *ab intestato*.

La introducción de los “libres”, dio lugar a que su institución o desheredación fuese expresa. Para todos los varones, la desheredación debía de ser individual. Sin embargo, por el contrario, las mujeres podían ser desheredadas en conjunto. Esta introducción pretoria ocasionó la otorgación de la posesión de bienes a través de la “*bonorum possessio contra tabulas*” con el carácter de “*cum re*”¹⁰⁰, por lo que disfrutaban de amparo y preferencia aun cuando los herederos testamentarios solicitaran la “*hereditatis petitio*”. La solicitud de los “*liberi*”¹⁰¹ estaba regulada por determinados plazos, pero nunca después de transcurrido un año desde la delación¹⁰².

La solicitud de la *bonorum possessio contra tabulas* sólo procedía durante el periodo de un año y, finalizado el mismo, los herederos instituidos podían instar la *bonorum possessio secundum tabulas*. Las disposiciones testamentarias, únicamente eran ineficaces dentro de los límites en que la preterición perjudicaba a los libres, esto es, en lo que importaba su cuota intestada. Sin embargo, no caían las desheredaciones, ni las sustituciones de determinados instituidos – para el caso de que el instituido falleciera antes de alcanzar la pubertad –, ni los nombramientos de tutores, ni los procedimientos para liberar a los esclavos.

Por otra parte, el edicto emitido por los pretores – magistrados romanos, encargados de la administración de justicia –, constituía una de las principales fuentes del derecho romano.

La entrada en vigor de un Edicto especial – de las tres clases de edictos que había: *Perpetuo*; *Repentino* y *Traslativum*, parece ser que se trataba del *Repentino*, que se

¹⁰⁰ Los emancipados aparecen en escena mediante una presunción consistente en que no se ha dado la “*capitis deminutio*” y por ello son “*sui heredes*” – D. 37, 1, 6, 1. y D. 37, 4, 3, 5. –.

¹⁰¹ Debían entregar para el cómputo del caudal hereditario su activo patrimonial, para compensar el perjuicio que originaban al resto de “*liberi*”. SUAREZ BLÁZQUEZ, G.: *La colación de los emancipados en el Derecho hereditario romano clásico*, Universidad de Vigo, Orense 1998.

¹⁰² PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho romano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 803.

emitía para un caso determinado y concreto y sólo tenía validez para el mismo -, corría a cargo de los *bonorum possessores* contra tabulas, y en proporción a las cuotas obtenidas, el pago de los legados que el testador ordenó, a los ascendientes y descendientes, así como a la mujer o a la nuera a título de dote.

Con anterioridad a la reforma definitiva del sistema legitimario, se procedió a anular la distinción entre hijos e hijas y entre hijos y nietos, de forma que todos tenían que ser desheredados nominalmente.

En época de Justiniano se impuso la idea de simplificar el complicado sistema que se había ido creando con la coexistencia de normas de derecho civil y de derecho pretorio, derogando toda distinción de sexo, quedando obligado el testador a la institución o la desheredación nominativa para todos los descendientes. La única diferencia que quedó patente consistió en que el *sui* preterido podía solicitar la nulidad del testamento, mientras que el emancipado omitido podía obtener únicamente la *bonorum possessio* contra tabulas. La omisión de los hijos realizada por la madre o por otros ascendientes de la parte materna, no ocasionaba la ruptura del testamento, sino que se interpretaba como una desheredación tácita.

El sistema experimentó un importante cambio mediante la promulgación de la Novela 115 del año 541 - que constituyó parte de la Compilación de Justiniano: Código, Digesto, Instituciones y Novelas -, la cual estableció que la omisión o la desheredación de los descendientes era lícita únicamente en el supuesto de ingratitud.

2.- Sucesión legítima material

La legítima formal, anteriormente comentada, venía a ser como una especie de gravamen con el fin de aclarar la voluntad del testador respecto de sus descendientes o, también podía entenderse, como una consecuencia de la excesiva libertad de testar, una formalidad que no necesariamente llevaba consigo una determinada asignación patrimonial¹⁰³. La legítima material, en la actualidad, es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados parientes.

¹⁰³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Legítima material >>, op. cit., pág. 26.

Durante el régimen de la legítima formal, el testador podía desatender tanto los intereses del grupo agnaticio, constituido en el parentesco político o civil, como los de la familia natural. Disminuida la eficacia de la organización de la vieja familia romana, y asentada una nueva conciencia social, que solicitaba justicia para los parientes del causante, aparece el sistema de la sucesión legítima real. Ahora el causante, además de tener la obligación de citar en su acto de última voluntad a determinados parientes, tendrá que proveerlos de una asignación patrimonial. Esta necesidad imperativa, sólo permitía excluir a determinados familiares por justa causa de desheredación¹⁰⁴.

Aunque se le reconociera al testador libertad absoluta de hacer testamento, en el ámbito social, no obstante, era considerada inaceptable la conducta de aquellos que en el testamento omitían a sus allegados. Dicho testamento, en cuanto contrario a los deberes que, de acuerdo con los aspectos morales de la sociedad romana, se consideraba que incumbían al hombre en sus relaciones familiares, era denominado inoficioso.

La reprobación social tuvo su influencia en el ámbito judicial, llegando a admitirse que los omitidos o desheredados por el testador, sin motivos justos, y que si no hubiera existido testamento hubieran sido heredados ab intestato, pudieran dirigirse a los tribunales interponiendo la acción correspondiente.

En el último siglo de la República, se produce la reacción a favor de los intereses de la sangre, influenciada por la idea de que faltaba al deber del afecto quien olvidaba, desheredaba o instituyera en escasa cantidad a un allegado. Si un testamento no tenía en cuenta tal deber, se decía que era inoficioso, y asistía a la persona perjudicada el derecho de impugnarlo.

De lo anterior se deduce, claramente, que, hasta entonces, existió amplia libertad para testar. Los descendientes, los ascendientes, los hermanos de doble vínculo o sólo de padre, a quienes el testador no dejaba la cuarta parte de lo que les correspondía por ley, podían impugnar el testamento mediante la querella inoficiosa

¹⁰⁴ DAZA MARTÍNEZ, J.: *Portio debita y comunidad familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materia de liberalidades mortis causa*, en Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Orense, 1998, págs. 90 y ss.

testamentaria. Dicha querella debería instarse dentro del plazo de cinco años, a contar desde la aceptación de la herencia. El concepto “*querella*” no debía confundirse con el de acción, porque ésta se refería a los extraños, mientras la “*querella*” se utilizaba para reclamaciones entre parientes¹⁰⁵.

Correspondía al querellante probar el proceder inicuo del testador. Se concedía a la persona, y no se trasmitía, consiguientemente, a los herederos del querellante, a no ser que éste hubiese preparado el pleito o que los herederos fuesen hijos.

El legitimario podía renunciar a la querella, bastando para ello cualquier acto que implicase reconocimiento de la voluntad del testador. Si el llamado en primer lugar a la sucesión intestada, no quería o no le era posible intentar la querella, correspondía su ejercicio al segundo legitimario, que era también segundo en el orden sucesorio ab intestato. El ejercicio de la querella, que importaba injuria para el difunto, sólo procedía cuando el postergado no disponía de ningún otro recurso para obtener su legítima. Si no se estimaba en el juicio la querella presentada por el legitimario, éste perdía todas las liberalidades otorgadas en el testamento. La querella se instaba contra el instituido heredero en el testamento, y aspiraba a la rescisión de éste, lo que suponía quedar abierta la sucesión intestada.

Por otra parte, la diferencia entre “*praeteritio*” y “querella inofficiosi testamenti”, se explicaban así: la primera tenía que ver con las condiciones necesarias que ejercitaba el testador al realizar el testamento – sucesión necesaria formal –, mientras la segunda era la respuesta a esta falta de cumplimiento, pues era la garantía necesaria de protección a los desheredados y constituía parte de la sucesión necesaria material¹⁰⁶

Según manifiesta IGLESIAS¹⁰⁷, en tiempos de Alejandro Severo y durante el Derecho de Justiniano, surgen en cada una de dichas épocas las novedades siguientes: En la primera, se concedió al legitimario la querella inoficiosa con el fin de que pudiera anular la donación o constitución de dote que perjudicaba su derecho. Por otra parte, el

¹⁰⁵ DE LA RADA Y DELGADO, J. D.: *Elementos de Derecho romano, presentados para su más fácil inteligencia con cuadros sinópticos puestos al final de cada tratado*, Vol. I, Madrid, 1856, pág. 197.

¹⁰⁶ VOLTERRA, E.: op. cit., págs. 784 y ss.

¹⁰⁷ IGLESIAS, J.: op. cit., pág. 591.

pretor instauró una sucesión legítima real con referencia al patrimonio del liberto. Éste que no tenía hijos o que, teniéndolos, los desheredaba, debía dejar al patrono la mitad de sus bienes. En otro caso, y por razón de esa mitad, se concedía al patrono la *bonorum possessio* contra tabulas. El derecho del patrono se encontraba protegido mediante la acción adecuada al caso en concreto – si se trataba de sucesión testamentaria o intestada – encaminada a revocar las enajenaciones realizadas por el liberto en fraude del mismo.

En la segunda época citada, se establece que, si el liberto tenía un patrimonio superior a cien áureos, y carecía de quienes pudiesen atacar por inoficioso su patrimonio, debía dejar al patrono la tercera parte de aquél. Aunque ninguna obligación tenía el liberto, salvo excepciones graves, no pudieran ser excluidos de la sucesión por dicho testador.

El vacío existente se trató de resolver mediante la querella inoficiosa testamentaria, que constituyó un remedio singular en el complejo contexto del Derecho romano. En definitiva, el Edicto del pretor fue más lejos y sirvió para fijar la cuota que le correspondía al patrono mediante el sistema de la “*bonorum possessio*”.

Consistía, en efecto, en que el patrono debería recibir la mitad del patrimonio hereditario si el testador no hubiese tenido descendientes naturales instituidos o preteridos en el testamento. Para el supuesto de que el patrono falleciese antes que el liberto la “*bonorum possessio contra tabulas*” podría ser ejercitada por los descendientes del propio liberto¹⁰⁸

En los tiempos finales de la época republicana, al ir imponiéndose una nueva conciencia social, apareció la necesidad de poner límites a la facultad de disponer por testamento, instaurándose el sistema de la sucesión legítima real, que exigía que los parientes más próximos recibiesen una cantidad mínima – legítima – de los bienes hereditarios. Todo ello tuvo su punto de partida en el Tribunal o jurado de los *centumviri*, encargado de conocer en su fase *in iudicio* y de decidir las cuestiones sobre *hereditas* entabladas *in iure* ante el pretor por el viejo sistema de las *legis actiones*. Dicho jurado

¹⁰⁸ CALZADA GONZÁLEZ, A.: *Algunas consideraciones en torno a la bonorum possessio dimidiaie partis*, Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Orense, 1998, págs. 90 y ss.

aceptó una doctrina, que se dice sugerida por el ejemplo del Derecho griego, según la cual, se consideraba que el testador que no había dejado una parte de patrimonio hereditario a ciertos parientes próximos, no estaba en su sano juicio; y el jurado de los *centumviri* accedía, por tanto, a la petición de herencia de los herederos abintestato, declarando el testamento nulo, a causa de la supuesta enfermedad mental del del testador.

Asimismo, a finales de la República se estableció la querella, que fue utilizada para defender las causas ante los Tribunales de los *Centumviri*, usándose el siguiente expediente retórico: sólo un enfermo mental puede llegar hasta el extremo de excluir de la propia sucesión, sin que exista un motivo válido, al hijo o a otro pariente próximo, violando de este modo el más elemental deber de afecto hacia los familiares más próximo. Se ponía de manifiesto un expediente defensivo al que los Tribunales, que eran sensibles a la conciencia social que condenaba los testamentos inoficiosos, pusieron en vigor de forma estable a partir del siglo I d.C.

Ante la desheredación, sin causa justificada, se transigió actuar contra el testamento inoficioso mediante un recurso judicial denominado querella inoficiosa testamentaria contra los herederos instituidos en el testamento calificado de inoficioso.

La querella sólo podía utilizarse cuando el testador no había acreditado causas justificadoras para poder desheredar o, por haber dejado menos de la porción legítima al querellante. El Tribunal juzgador, al no existir una relación de causas de desheredación, era el que tenía que valorarlas.

La cantidad mínima que el heredero forzoso tenía derecho a recibir era la cuarta parte de la cuota que le hubiera correspondido en el supuesto de abrirse la sucesión abintestato. Para el cálculo de dicha cuota era preciso determinar el activo de la herencia en el momento del fallecimiento del testador, deduciendo el pasivo de ésta con un criterio semejante al seguido en el cómputo a la cuarta de la *lex Falcidia*.

Respecto de esta cuota que les correspondía a los herederos legítimos, BONFANTE¹⁰⁹ manifiesta lo siguiente: “No ha nacido del derecho primordial de la familia

¹⁰⁹ BONFANTE, P.: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 2002, págs. 644-645.

sobre los bienes sino de consideraciones de piedad, de las que la sociedad civil y el Estado se hicieron intérpretes; no tiene por objeto mantener la unidad y la hidalguía de la familia, sino asegurar a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un modesto sustento”.

Será en este contexto donde aparezcan dos voces de relevante eco en el Derecho de sucesiones: “*pars debita*”¹¹⁰ y “*pars legítima*”¹¹¹. Esta última se relaciona con esa asignación hereditaria que forzosamente debe corresponderle a un sujeto bajo la sucesión “*ab intestato*”, porque así se lo reconoce la Ley de las XII Tablas. Por el contrario “*pars debita*” representa la cuota hereditaria que forzosamente debe dejar el liberto sin descendencia a su patrono en el testamento¹¹².

Ante el tribunal *centumviral*, para interponer la querella, podían acudir los herederos *ab intestato* del *ius civile*, pero no aquellos a los que el pretor concedía la *bonorum possessio*, que eran herederos *ab intestato* del Derecho pretorio, así como tampoco a los ciudadanos romanos de provincias, para los cuales, a partir del siglo I d.C. era posible entablar la querella ante tribunales especiales mediante el procedimiento extraordinario de la *cognitio*. A través de este procedimiento se tramitaban también las impugnaciones que se referían al testamento pretorio.

La querella inoficiosa se concedía con carácter personal y era intransmisible a los herederos del querellante, a no ser que éste hubiera preparado el pleito o que los mismos herederos fuesen hijos. La legitimación para interponer la querella la tenían, en orden sucesivo, distintas categorías de parientes. Estaban legitimados activamente, en primer lugar, los hijos en potestad del testador en el instante de la apertura de la sucesión; a falta de ellos, los padres, y también los hermanos y las hermanas.

La legitimación pasiva correspondía a los herederos testamentarios, aunque la querella podía también interponerse contra el fideicomisario universal que hubiese recibido la herencia; contra el *bonorum possessor* contra tabulas que hubiese conseguido la *bonorum possessio* en la confrontación con el heredero instituido, y

¹¹⁰ D. 38, 2, 20, 5.

¹¹¹ D. 38, 2, 19.

¹¹² SAMPER POLO, F.: op. cit., págs. 74 y 75.

contra el fisco que hubiese adquirido los bienes de dicho heredero. La persona que atacara el testamento como inoficioso, debía probar que la razón por la cual el testador lo desheredó no era válida, o no le dejó la cantidad de bienes que constituían su legítima.

En cuanto al momento y a los plazos, la querella solamente podía ejercitarse después de que el heredero instituido hubiese aceptado la herencia, pero antes de cinco años, contados desde la muerte del testador. Consumado este plazo el demandado tenía la opción de defenderse con una *praescriptio*, defensa que, asimismo, podría utilizar frente al querellante si éste hubiese realizado algún acto, que podía ser, por ejemplo, la aceptación de un legado, que suponía la aceptación de la voluntad del testador.

En el supuesto de que la querella fuese rechazada, teniendo en cuenta la grave presunción en que se basaba, el querellante, al que se le tachaba de indigno, perdería, en beneficio del fisco, todas las liberalidades que de otro modo hubiese podido obtener del testamento impugnado. Por el contrario, si era aceptada, el testamento inoficioso era declarado nulo en razón de la enfermedad mental del testador, y el querellante tenía a su alcance la cuota que le correspondía como heredero ab intestato.

En el siglo III d.C., se llegó a admitir que sólo aquél cuya querella había sido aceptada podía valerse de la nulidad del testamento contra el heredero – en relación con el cual hubiese obtenido la anulación – y contra los beneficiados por legados y fideicomisos dependientes de la institución de aquel heredero, pero no contra los demás herederos en relación con los cuales no había interpuesto la querella o no había salido vencedor. En el siglo IV d.C., en virtud de la legítima de Justiniano, se estableció que la querella no podía interponerse cuando el testador había dejado al allegado una parte de los bienes hereditarios, disponiendo que se completara dicha parte si era inferior a la cuota mínima.

G.- LAS INNOVACIONES DE JUSTINIANO

Con relación a la importante obra legislativa de Justiniano, PARICIO SERRANO y FERNÁNDEZ BARREIRO¹¹³ manifiestan: “El renacimiento jurídico operado en el Imperio

¹¹³ PARICIO SERRANO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A.: *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 160.

de Oriente gracias a las escuelas de Berito y Constantinopla, añadido a la singular personalidad del emperador Justiniano, hicieron posible una gran codificación: el Corpus Iuris Civilis, que constituye una de las obras cumbres del espíritu humano. Sin ella nuestro conocimiento del derecho de Roma, y muy en especial de la obra de la Jurisprudencia clásica, sería tan fragmentario como desenfocado”.

El Codex de Justiniano no significó el cese de su actividad legislativa, pues, como indica PANERO GUTIÉRREZ,¹¹⁴ lo acredita sus ciento setenta y cinco novelas. No obstante, pese a proyectarlo, no llegó a elaborar con ellas una codificación oficial, como fue la del Codex, sino sólo representaron colecciones privadas.

En su novela 18, del año 537, Justiniano se decantó por elevar el montante de la legítima. El que antes existía, por imperativo legal, era de la cuarta parte, el que establecía la *lex Falcidia*, que se consideraba suficiente para los justificados intereses de los legitimarios. Cantidad insuficiente para Justiniano, que tomó la decisión de elevarlo a la tercera parte de la herencia si los beneficiarios eran uno, dos, tres y hasta cuatro hijos.

Cierra definitivamente la evolución del sistema sucesorio contra el testamento, la normativa contenida en la Novela 115 del año 541; a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ella, los ascendientes no podían preterir ni desheredar a sus descendientes, como tampoco éstos a aquéllos, a no ser por una de las causas tasadas por el legislador y que debía mencionar el testador. Correspondía probar la verdad de dicha causa al heredero instituido.

La cuota de la legítima ascendía a un tercio de la porción intestada, cuando el número de herederos no excedía de cuatro, como hemos indicado anteriormente, y a la mitad si era superior, lo que se traducía en que si, por ejemplo, el número de herederos era de cuatro, la legítima de cada uno de ellos ascendía a 1/12, y a 1/14 si se trataba de siete. Lo que se requería, expresamente, era que la cuota legitimaria fuese dejada a título de herencia, y no por otro título cualquiera.

¹¹⁴ PANERO GUTIÉRREZ, R.: op. cit., pág. 108.

En el supuesto de que los descendientes o ascendientes fuesen preteridos o desheredados sin justa causa, podían instar una acción dirigida a anular el testamento, en los límites de la institución de heredero, y a provocar la apertura de la sucesión intestada. No obstante, se establecía que las restantes disposiciones, tales como ordenación de legados o fideicomisos, nombramiento de tutores, *manumisiones*, no se anulaban.

Dicha acción de nulidad perseguía los mismos objetivos que la querella posclásica adaptada a la Novela 115, que garantizaba el derecho de los legitimarios y la voluntad del testador. Si los legitimarios eran instituidos en porción inferior a la legal, podían pedir el complemento. Esta novela, no modifica el derecho de los hermanos del causante a su cuota legítima, ni tampoco las desheredaciones realizadas por causa justificada.

II.- DERECHO GERMÁNICO. REFERENCIA ESPECIAL AL DERECHO VISIGODO

Con el objetivo de alcanzar una conciliación entre el disponente y los herederos forzosos, se concluyó por imponer ciertos límites a la libertad de testar que existía en la Roma primitiva; naciendo así la legítima como un freno para el testador que deseaba el cumplimiento de sus expectativas "*mortis causa*" y una garantía para los parientes más próximos. En este sistema sucesorio, el individuo romano no figura como miembro de una comunidad en sentido colectivo más o menos amplia.

La gran diferencia entre el Derecho romano y el germánico, puede justificarse del siguiente modo: el pueblo bárbaro precisaba la estabilidad de la comunidad de una manera primordial, ya que toda su cultura aparecía alrededor de la colectividad¹¹⁵. Por consiguiente, su estudio llevado a cabo desde una perspectiva del Derecho de familia nos facilita conocer, con suficiente profundidad, los elementos fundamentales de la configuración y el desarrollo en las diversas épocas históricas del Derecho de sucesiones.

¹¹⁵ MADRIÑAS VÁZQUEZ, M.: *La representación sucesoria en el Derecho Común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*, Santiago de Compostela, 2008, págs. 31 y ss.

A.- LA FAMILIA Y LA SUCESIÓN EN EL DERECHO GERMÁNICO

En el Derecho de familia germánico, dentro de la agrupación familiar más antigua de este pueblo, es obligado distinguir dos categorías. Una viene formada por la colectividad en sentido amplio, parecida a la “*gens*”. La otra formada por un colectivo más restringido y coincidente con el modelo más moderno de este colectivo.

El pueblo germano, desde un punto de vista jurídico-público, se ordenaba en la comunidad familiar amplia mencionada, también conocida como “*Sippe*”, se encarga de, entre otras cuestiones, de los asuntos económicos, políticos y jurídicos. Esta comunidad familiar que originaba la cohesión social, se constituía por un grupo de parientes consanguíneos de un determinado sujeto o de “una comunidad de linaje”, que comprendía todos los descendientes por línea masculina¹¹⁶ de un tronco común¹¹⁷. No obstante, y a pesar de la fuerza de la sangre, era posible que otras personas libres sin ser familiares podían pertenecer a este grupo bajo la institución de la “atribución del linaje”.

La estructura quedaba formada por aquellas personas que poseían un padre troncal común bajo la potestad doméstica. Quien quedaba al frente, como dirigente, de esa asociación de familias germánicas era elegido entre sus miembros¹¹⁸. Sí por algo destacó la gran colectividad familiar fue por los estrechos lazos de solidaridad, fidelidad y paz social que existieron entre las relaciones de sus asociados. Esta comunidad, claramente agraria¹¹⁹, concedía a sus miembros una vivienda y un conjunto de tierras para su explotación y especiales actividades, como caza y pastoreo.

No obstante, los productos que se conseguían debían de ingresar en la comunidad. Asimismo, los propios terrenos dedicados a tal fin eran comunales, siendo

¹¹⁶ Con el transcurso del tiempo se incorporaron miembros de la parentela materna.

¹¹⁷ G. DE VALDEAVELLANO, L.: *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 168 y ss.

¹¹⁸ Con respecto a los bienes, estos pertenecían a la comunidad y por lo tanto en el reparto de los mismos solía percibir una cuantía similar al resto de los miembros. Su fallecimiento daba lugar a un acrecimiento en la cuota que le debía corresponder al resto de miembros. VV.AA. *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, Sucesiones, director: J. L. LACRUZ BERDEJO, Madrid, 2007, págs. 212 y ss.

¹¹⁹ De forma lenta el Derecho germánico dejó de ser una tribu en frecuentes conflictos y guerras y comenzó a asentarse “convirtiéndose en un Derecho campesino, que atiende nuevas necesidades sociales del establecimiento en las tierras ocupadas”. VV.AA.: *El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, págs. 59 y ss.

muy limitada la propiedad individual que aparecía, principalmente, en los accesorios que se precisaban para el campo y el ganado¹²⁰.

Además de esta comunidad existía una estructura familiar, denominada “la casa”. Esta familia se encontraba sometida a la potestad del marido en un sentido parecido a la “*manus*” romana. La mujer y sus hijos como personas libres pertenecían a la gran colectividad familiar de la correspondiente casa y por lo tanto les era posible solicitar su mediación ante los posibles abusos del padre.

Una mujer tenía a su alcance poder desligarse de su respectiva “*Sippe*” mediante el matrimonio. Antes el marido ofrecía una cantidad a la comunidad familiar de su futura esposa para poder comprarla. En el supuesto de que existiera acuerdo, la mujer se trasladaba de una “*Sippe*” a otra, pudiendo contraer matrimonio¹²¹.

Con respecto al Derecho sucesorio germánico, consideramos de interés lo siguiente: No alteraba las relaciones patrimoniales la defunción de cualquier miembro de la comunidad, puesto que no pertenecía el capital familiar al individuo sino a la colectividad.

Por la razón anterior, ante el fallecimiento de uno de los familiares su parte venía a ser absorbida por el colectivo restante, verificándose el denominado derecho de acrecer. No se estaba ante una única herencia. Existían tantas sucesiones como cupos se distinguían en el patrimonio por razón de los grupos de bienes a repartir, y cada conjunto de bienes tenía un régimen jurídico independiente y no unitario.

Por ese motivo, aunque un descendiente se emancipase de la familia y formara su propia casa, no era razón suficiente para que su ascendiente pudiera nombrar otro sucesor que el que había sido reconocido por las leyes, con el que le unía su parentesco¹²². Por lo antes expuesto, nadie podía disponer por testamento, ya que si alguien lo hacía éste sería nulo, y siempre se produciría la apertura de la sucesión ab intestato.

¹²⁰ Con el paso del tiempo, este tipo de bienes pasaron a formar parte del patrimonio de la familia individual y no de la gran colectividad familiar.

¹²¹ LALINDE ABADÍA, J.: *El Derecho en la historia de la humanidad*, Barcelona. 1988, págs. 41 y 42.

¹²² VV. AA.: << *Elementos*, director: J. L. LACRUZ VERDEJO >>, op. cit., págs. 312 y ss.

En el supuesto de fallecimiento del padre se producía la extinción del poder sobre los restantes miembros de la familia, pero no desaparecería la comunidad familiar. Si se daba el caso de un segundo matrimonio¹²³, el destino del patrimonio sería la “*Sippe*”. Si por el contrario, este hecho no sucedía, se procedía a la apertura de la sucesión ab intestato con el sistema de parentelas que después se comenta.

La configuración del orden sucesorio en el Derecho Germánico tuvo su origen en el denominado “sistema de círculos parentales”. Éste se caracterizaba, fundamentalmente, por ampliar el abanico primigenio de sucesores que debe entenderse en sentido amplio, dotando de determinada preponderancia a los parientes colaterales. Conforme con este sistema y tomando como base a un tronco común que constituía el eje central de toda la parentela, la misma se distribuía como un árbol invertido que extiende sus ramas dividiéndose en líneas y grados, pero alcanzando no sólo a los descendientes en línea recta sino también, mediante ese envolvente círculo familiar, a los colaterales.

El mencionado sistema evolucionó y pasó a instaurarse el “orden de parentales”, que supuso un importante giro respecto al régimen anterior, puesto que frente a la consideración de la familia entendida en un sentido amplio se pasó al modelo familiar reducido o estricto¹²⁴, en el que los descendientes del causante ostentarán una posición privilegiada respecto a la de los ascendientes y colaterales del mismo.

Por lo que se abandona la equiparación que antes existía entre los parientes en línea recta y en línea colateral, primando el vínculo más estrecho y tomando un concepto más restrictivo de familia, que en primer término incluiría a la línea sucesoria más básica formada por el causante, sus hijos y descendientes. En el siguiente nivel sucesorio de la herencia se hallarían los padres y todos sus descendientes, es decir, los padres hermanos y sobrinos del causante, con lo que quedaba sustituido el sistema de círculos parentales por el de orden de parentales.

¹²³ DE COSSIO Y CORRAL, A.: op. cit., pág. 480.

¹²⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, SDHI, núm. 55, 1989, págs. 98 y ss.

B.- EL DERECHO VISIGODO

El Imperio después del Imperio: Respecto a esta cuestión, MORALES ARRIZABALAGA¹²⁵, manifiesta: “Hasta donde hoy conocemos, el pueblo visigodo no tenía una organización política propia suficiente para asumir las funciones que la desintegración de Roma pone en sus manos. Se produce entonces una situación paradójica: los mejores puntos de referencia para subsanar esa deficiencia se los proporcionan sus “enemigos”: el Imperio Romano de Occidente primero. Bizancio después.

Una de las maneras de interpretar jurídicamente el periodo visigodo es, jurídicamente, valorando cuáles son las posiciones relativas entre el referente romano y sus aplicadores godos, pudiendo situarse entre aquéllas que aspiraban a la completa integración en el universo jurídico-político romano y aquéllas otras que pudiéramos llamar “nacionalista”, por tender a una exaltación y defensa prioritaria de los elementos que les separan de Roma. Estas relaciones se hacen todavía más complejas cuando tenemos en cuentas las varias posibles actitudes del otro sujeto – Roma – hacia los visigodos: junto a posturas de mayor aproximación visigoda al modelo, hacemos intervenir como variable la existencia de posiciones romanas que también se sitúan entre unas más proclives a la integración de los godos, y otras de enfrentamiento y hostilidad con ellos”.

La continuidad o corte respecto del derecho romano: relacionado con este tema, MORALES ARRIZABALAGA¹²⁶ indica: “se trata, en suma, de valorar la aportación relativa de cada uno de los elementos que concurren en la formación de la cultura visigoda, su organización política y normas jurídicas.

Las interpretaciones más conocidas se polarizan en torno a la opción “romanismo-germanismo”, modo abreviado y algo impreciso de resumir un rico debate: las posiciones que denominamos “germanistas” defienden que la aportación de estas culturas góticas es esencial, determinando un corte sustancial respecto a la mentalidad

¹²⁵ MORALES ARRIZABALAGA, J.: *Ley, Jurisprudencia y Derecho en Hispania Romana y Visigoda*, 1ª edición, Zaragoza, Prensas Universitaria de Zaragoza, 1995, págs. 93 a 95.

¹²⁶ MORALES ARRIZABALAGA, J.: op. cit., pág. 95.

jurídico política del Imperio romano de Occidente: sin negar la relevancia de la aportación romana, se interpreta como “accedida” o “incorporada” al elemento principal germánico. Desde posiciones romanistas la reconstrucción es inversa: el esquema organizador de la mentalidad jurídico-política visigoda es romano; a él se incorporan como accesorios importantes elementos germánicos”.

Dicho autor continúa: “Los estudios romanistas más consolidados se centran en el periodo llamado “derecho clásico”; las soluciones que en este se adoptaron tienden a convertirse en canon o patrón de perfección”. Y finalmente concluye: “En todo caso, por lo menos, hoy se extiende entre los historiadores del derecho la tendencia a considerar “derecho romano” también al “derecho – no – de Roma” y a no descalificar el derecho romano-visigodo por su simple alejamiento del modelo “clásico” del cual, con toda probabilidad, la propia práctica romana se había ya distanciado significativamente”.

C.- EL REINO VISIGODO, PRIMERA UNIDAD POLÍTICA AUTÓNOMA HISPANA

A este respecto, MORALES ARRIZABALAGA¹²⁷ maneja argumentos de suma importancia: “A partir de la Baja Edad Media, y hasta nuestros días, la historia política hispana se escribe desde planteamientos muy distintos: algunos de los temas centrales de las grandes opciones serán argumentados sobre datos extraídos, sin duda, del periodo visigodo.

Desde el siglo XV hay fundamentos para defender una unidad política de tipo “español”, que tienda a incluir bajo gobierno unificado a la totalidad del territorio peninsular. Sin embargo, no son despreciables los argumentos que podrían exhibir algunas partes de ese territorio para considerarse organizaciones políticas autónomas. En este contexto, fue muy relevante el “recuerdo” de una España unificada bajo mando visigótico. Rey sin superior, independiente de cualquier otro poder. El tema se proyectó con fuerza en los siglos XVIII, XIX Y XX, convertido en uno de los argumentos centrales de las distintas explicaciones sobre la formación de la “nación” española, o de las “naciones” hispanas, con aspectos tan relevantes como la existencia y eficacia de una

¹²⁷ MORALES ARRIZABALAGA, J.: op. cit., págs. 99-100.

idea de España. De los distintos reyes con mando visigodo, brilló con luz propia la figura de Leovigildo. Bajo su reinado la Península Ibérica quedó prácticamente unificada, de ahí el recuerdo antes mencionado.

En un ámbito técnico jurídico, el periodo gótico será argumento principal desde la Baja Edad Media en materia de recepción del derecho común romano-canónico: si los reyes visigodos han conseguido la plena exención del Imperio romano, la tesis que defiende la aplicación directa del derecho imperial pierde uno de sus argumentos centrales en la medida que los reinos medievales no son técnicamente continuación del Imperio, ni están sus reyes vinculados al derecho romano en el mismo grado que pueden estarlo respecto de la legislación de sus antecesores.

La invocación del referente visigótico será sustantiva cuando se desarrolle y constituya el poder político bajomedieval. La experiencia gótica es tan rica que, sobre ella, puede construirse tanto una imagen de un rey absoluto, con monopolio normativo, como la de un rey que debe actuar juntamente con una Curia en que están presentes intereses de sus súbditos. Por otra parte, si en un determinado reino bajomedieval se está articulando una concepción pactista del poder del rey – Navarra, Aragón, Cataluña – encontraremos una tendencia a interrumpir la línea que une a estos reyes con los visigóticos, en los que resulta forzado encontrar actuaciones pactistas; argumentos del tipo de los falsos fueros de Sobrarbe – antes hubo leyes que reyes –“.

D.- LEGISLACIÓN MÁS RELEVANTE DEL DERECHO SUCESORIO VISIGODO

El Derecho de sucesiones que propiciaron los visigodos cuando entraron en la Península Ibérica, todo parece indicar que la “ley antigua” permitía la libertad testamentaria a los padres y a los abuelos. Dos Códigos de la época pueden citarse: el *Código de Eurico* del año 475 d.C., que resulta ser la primera ley germánica escrita¹²⁸, que propugna el sistema de reserva germánica¹²⁹ y, en contraposición de éste el *Código de Alarico*, que mantiene el anterior sistema romano de libertad testamentaria. Otros importantes textos legislativos fueron los siguientes:

¹²⁸ PRIETO BANCES, R.: *Obra escrita*, Vol. I, Oviedo. 1976, págs. 381 y ss.

¹²⁹ PUIG BRUTAU, F.: *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Madrid, 1947, págs. 291 y ss.

El *LIBER IUDICIORUM* o *FUERO JUZGO*. Esta importante obra reguló el derecho público y privado de la nación hasta el siglo XIII, con un contenido basado, principalmente, en la casuística y no tanto en reglas aplicables con carácter general. El libro IV, de los doce de que consta la obra, es el que legisla sobre herencia y sucesiones.

La “*LEX DUM INLÍCITA*” de Chindavinto, puesto que, hasta esta norma, año 643 o 644, no pasa a constituirse la legítima como una norma para la disposición de los bienes hereditarios dentro del Derecho propiamente español en la época de los visigodos.

Esta ley se opone al fenómeno de la libre disposición testamentaria concediendo cuatro quintas partes de la herencia a los hijos o nietos¹³⁰. Y se reconoce únicamente a estos descendientes, porque la sucesión hereditaria en la cuantía estipulada sólo se le debía a este tipo de parientes, ya que si no regía la libertad de testar. Casi la totalidad de la herencia se destinaba a los hijos con independencia de su sexo. Con Justiniano, la cuota podía ser variable, en función del número de hijos, con esta norma quedaba fija y superior en todos los casos previsibles por la anterior legislación romana.

En época medieval resultaba de interés conocer la constitución y su funcionalidad de la comunidad hereditaria. Cuando se planteaba el problema de la comunidad, indistintamente de su origen, fuese hereditario o no, de los bienes indivisos, se trataba de encajar, por su interés, esa situación en uno de los dos tipos de comunidad previsibles.

III.- LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN LA EDAD MEDIA

A.- LOS PROCEDENTES DE LA FAMILIA

La existencia de comunidades familiares en el Derecho altomedieval se consideró necesario tenerlo presente al tratar del tema anteriormente indicado. Hubo discusión

¹³⁰ El Código de Leovigildo ya sentó precedente en el año 586 a favor de una reserva de las cuatro quintas partes de la herencia exclusivamente a favor de los hijos. El resto del caudal hereditario era de libre disposición para el causante. LANDETA, A.: *Las legítimas en el Código civil*, Madrid, 2006, pág.51.

sobre el origen de las comunidades familiares, ya que mientras HINOJOSA¹³¹ se inclinó por el origen prerromano, GARCÍA DE VALDEAVELLANO¹³² subrayó la confluencia de los Derechos romano y germánico en la práctica de mantener indiviso entre los herederos el patrimonio familiar.

En realidad, el tipo más estricto de comunidad familiar lo formaban los cónyuges con sus hijos cuando existían, aunque pudiesen luego formar parte de ella otros parientes, incluso extraños. El derecho que cada uno tenía sobre los bienes fue también discutido. Braga da Cruz,¹³³ se inclinó por la posición menos radical al considerar que no era necesario una propiedad mancomunada de la familia, sino una propiedad individual subordinada al superior interés de la familia.

El Derecho de la época introdujo una serie de medidas encaminadas a evitar la merma perjudicial del patrimonio familiar, favoreciendo la intervención de los parientes en determinados actos: en las ventas, en las permutas e incluso en las alienaciones a título gratuito.

La razón de dichas intervenciones podía ser diversa. Por un lado, el que pudiera disponerse de bienes comunes hacía necesaria la intervención del conjunto de propietarios. Por otro, evitar un perjuicio de los derechos sucesorios de los parientes ocasionaba que éstos tenían que prestar su consentimiento al acto correspondiente¹³⁴. La muerte del causante no daba lugar en todo caso a la disolución de la comunidad.

Asimismo, el matrimonio tenía su influencia, ya que el Derecho de familia y el Derecho sucesorio iban íntimamente ligados. Por lo tanto, era importante conocer bajo qué condiciones económicas podía constituirse un matrimonio, para determinar la capacidad que a cada cónyuge afectaba a la hora de disponer por muerte. El matrimonio podía constituirse en régimen de comunidad de bienes adquiridos o ganados durante el matrimonio, entre otros, en régimen de unidad. Este tipo de regímenes económicos matrimoniales, utilizados en la Edad Media, son, por consiguiente, regímenes históricos

¹³¹ HINOJOSA Y NAVEROS, DE, E.: *La Comunidad doméstica en España durante la Edad Media*, en *La Lectura*, 5, pág. 241.

¹³² GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *La Comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval*, Salamanca 1956, edición separata del Acta SALMANTICENSIA III núm. 1).

¹³³ BRAGA DA CRUZ, G.: op. cit., pág. 190.

¹³⁴ BRAGA DA CRUZ, G.: op. cit., pág. 235

y no se usan en la actualidad. En el régimen citado, el patrimonio de la mujer pasaba al marido en propiedad como una universalidad. Éste tenía la administración y disposición del conjunto como si fuera propio. A la disolución del matrimonio la mujer recibiría el valor de los bienes aportados.¹³⁵

Por otra parte, el carácter forzoso de la sucesión de los hijos, que ya lo hemos tratado, representaba, sin duda, una importante limitación, por razones familiares, a la disposición de los bienes mortis causa.

B.- LOS PROCEDENTES DE ÍNDOLE RELIGIOSO

En los documentos de la más temprana época, aparecían, como indica ARVIZU¹³⁶, actos de disposición realizados por quienes ostentaban la condición religiosa. Los abades aparecían realizando disposiciones “pro ánima” de diverso alcance. El mencionado título de abad figuraba a continuación del nombre del otorgante, pero sin que ello se considerase relevante respecto de la capacidad de disponer mortis causa.

La Iglesia fue la gran beneficiaria de las liberalidades de los fieles, tanto ocurrió así que un elevadísimo porcentaje de la documentación de dicha época la constituían donaciones “pro ánima” de diversas cantidades y alcance¹³⁷. El origen de la atribución voluntaria de bienes en beneficio del alma tenía un motivo religioso asentado en el pueblo, más que en la obra concreta de un escritor cristiano. Como consecuencia de esta convicción, al realizar actos de liberalidad en beneficio de la Iglesia era algo meritorio para la otra vida.

La forma en que las personas jurídicas eclesiásticas se denominaban variaba en función de las áreas geográficas y del formulario empleado. Aunque las fórmulas fuesen varias, siempre se concretaba a quien debían pertenecer los bienes donados.

Respecto a la asignación voluntaria, los textos forales mencionaban las donaciones pías, y se trazaba con ello una panorámica de su complicado sistema, ya que podían

¹³⁵ MARTÍNEZ GIJÓN, J.: << El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del fuero de Cuenca >>, en *AHDE XXIX*, Madrid, 1959, págs. 69, 88 y 91.

¹³⁶ ARVIZU Y GALARRAGA DE, F.: op. cit., pág. 101.

¹³⁷ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: << La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media >>, en *AHDE IX*, Madrid, 1932, págs. 129 a 176.

aparecer: formulaciones generales de la facultad de mandar “pro ánima”, y sus limitaciones por razón de los hijos; de la necesidad de la intervención de los parientes; del estado físico del disponente; de requisitos formales, como el transcurso del tiempo o la intervención de testigos, y, como muy importante, las limitaciones objetivas a la facultad de disponer: la determinación de las cuantías.

Los fueros, sin embargo, hablaban de la Iglesia, o de mandar por el alma. No contenían reglas que sirviesen de identificación de las Iglesias u otras instituciones que pudieran ser destinatarias de las donaciones. No obstante, eran los propios fieles los que determinaban quienes debían de recibir las donaciones que efectuaban. En líneas generales, por medio de buenas obras voluntarias, que beneficiaban a la propia Iglesia, debido que las donaciones iban a parar a manos de la Iglesia, la más cercana a Dios, para que se celebraran oraciones y otros actos espirituales, así como la regulación de la sepultura, capellanías y demás sufragios.

IV.- LA CUOTA DE LIBRE DISPOSICIÓN EN EL DERECHO HEREDITARIO DE LA ALTA EDAD MEDIA

Respecto de la existencia de la cuota de libre disposición en la alta edad media, de acuerdo con las manifestaciones realizadas por GARCÍA DE VALDEAVELLANO¹³⁸, resulta relevante comentar:

Del periodo más misterioso de nuestra historia jurídica; el que sigue inmediatamente a la invasión de los árabes, cabe mencionar los diplomas de los siglos IX, X y primeros años del XI, que aludían casi todos a la vigencia durante ese periodo de una disposición de la *Lex Visigothorum*, que establecía la cuota de libre disposición en el Derecho hereditario.

La comprobación en gran número de diplomas y de fueros de un derecho consuetudinario opuesto a dicha Lex, no excluían la aplicación de muchas normas que en ella se consagraban. La Lex no era materia muerta en el derecho de las formaciones

¹³⁸ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: op. cit., págs., 130 a 150.

territoriales de la Reconquista. Por ello, era interesante buscar en los diplomas las huellas de la vigencia del Derecho visigodo escrito.

El derecho medieval español que aparecían en los diplomas se hallaba inspirado, en gran parte, por los principios del derecho germánico. La familia respondía en él a la característica cohesión recíproca del grupo familiar germánico. Y de ahí la vinculación al mismo de los bienes hereditarios.

Por ese principio de la comunidad patrimonial familiar que hacía del derecho hereditario germánico un derecho de familia, los bienes familiares quedaban vinculados a esa propiedad mancomunada que no admitía otra sucesión que la legítima, y las disposiciones de última voluntad quedaban por el derecho germánico desconocidas por el momento.

No obstante, la evolución hacia una relajación del principio de propiedad mancomunada de la familia germánica abrió paso a cierta libertad de disponer de los bienes hereditarios que, sustraía alguna parte de los mismos a la herencia forzosa de los hijos. Surgió entonces lo que se denominó cuota de libre disposición, portillo abierto a las disposiciones de última voluntad en el Derecho germánico.

Por otra parte, la acción de la Iglesia para atribuirse la cuota libre fue constante¹³⁹. Las predicaciones de San Agustín y la doctrina elaborada por la Iglesia primitiva de Occidente se incorporaron al Derecho canónico. Se llegó a rehusar la absolucón a los que se negaban a disponer de una cuota pro ánima en favor de las iglesias y monasterios. Y hasta en los mencionados diplomas de la Alta Edad Media aparecieron alguna vez la invocación de la Ley canónica en favor de la cuota pro remedium anime al mismo tiempo que de la Ley visigoda, lo que prueba el interés de la Iglesia por hacerse con la cuota de libre disposición.

Asimismo, la Iglesia recomendaba prepararse para la muerte, obteniendo garantías para salvar el alma, para ello se debía realizar donaciones a instituciones religiosas y benéficas, obras de misericordia, etc., a cambio de ayuda espiritual¹⁴⁰.

¹³⁹ ARVIZU Y GALARRAGA DE, F.: op. cit. pág. 119.

¹⁴⁰ www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-senorio-de-molina-ferrera/html (Consultado 27/12/2019).

V.- LA LEGÍTIMA Y LA RESERVA EN LA EDAD MEDIA

El profesor ARVIZU¹⁴¹ comprobó que se hablaba de legítima en las observancias, pero que no se hacía así en los fueros más antiguos. Sin embargo, empleaba términos como “reserva” o “reserva hereditaria”. LALINDE ABADÍA¹⁴², que consideraba que ello no ayudaría al estudio de la legítima como institución, suponía que el empleo del término “reserva” obedecía, precisamente, al deseo de utilizar un término que englobase al de “legítima” y que, sin embargo, no se redujese a ésta. En este sentido, éste último autor manifestaba: “Para mí, el motivo de la perturbación me parece que es el de emplear uno de los términos que no ha sido utilizado en derecho aragonés, y que, por otra parte, tiene en lo civil una acepción especial, además, de no esforzarse en explicar el concepto que tiene de “reserva”. Hoy día puede entenderse como concepto de reserva lo siguiente: obligación que la ley impone a determinados herederos de conservar a favor de ciertas personas los bienes adquiridos a título lucrativo o el valor de los mismos”.

Por otra parte, MINGUIJÓN¹⁴³, ya distinguía entre “reserva y legítima”, que consideraba diferentes cualitativa y cuantitativamente. Mientras la “reserva” era más amplia que la “legítima” en relación a las personas, pues alcanzaba no sólo a los descendientes, sino también a los colaterales, era más reducida en cuanto a los bienes, pues a “reserva” sólo estaban sujetos los bienes propios o de abolengo, en tanto a la “legítima” lo estaban todos.

Asimismo, se llegó a concretar sobre el concepto de “reservas hereditarias”, en el sentido de que estaba en relación a la obligación que la ley imponía a ciertos herederos de conservar a favor de otras personas los bienes adquiridos en determinadas condiciones, como lo hizo BENEYTO PÉREZ¹⁴⁴, que llegó a pronunciarse sobre el concepto de “reservas hereditarias”, en dicho sentido. Aunque se consideraba admisible

¹⁴¹ ARVIZU Y GALARRAGA DE, F.: op. cit., pág. 73.

¹⁴² LALINDE ABADÍA, J.: << Algunos precedentes conceptuales sobre la legítima aragonesa >>, en *AHDE LV*, Madrid 1985, pág. 360.

¹⁴³ MINGUIJÓN ADRIÁN, S.: *Elementos de historia del Derecho español*. Cuaderno séptimo, Zaragoza, Salvador Hermanos, 1920, pág. 62.

¹⁴⁴ BENEYTO PÉREZ, J.: *Instituciones de Derecho histórico español*, Vol. II, Barcelona, Boch, 1930, pág. 135.

definir la “reserva hereditaria” como la porción de herencia que retenía el que se consideraba partícipe en la elaboración y conservación de aquella.

Se admitieron la existencia de dos términos, que bien podían representar conceptos distintos, y que fueron los de “parte” y “legítima”, además de un término genérico, como fue el de “derecho hereditario”, que podía emplearse para comprender a los otros dos, o cuando alguien no quería comprometerse doctrinalmente. El término más permanente fue el de “parte”, si bien lo fue en formas distintas, como “parte legítima”, “parte suya”, “porción” y formas análogas.

El término más tardío en aparecer fue el de “legítima”, cuyo puente con el término “parte” parecía estar en esa denominación de “parte legítima”.

El término parte parecía corresponder con la idea de partición, que LALINDE ABADÍA denominaría “equitativa”, para evitar un término peligroso, como era el de “partición igualitaria”, y con el concepto patrimonialista de la sucesión.

La herencia se consideraba compuesta de “partes” o bienes concretos, entre las que destacaban las “heredades”. Esas “partes” eran las que habían de distribuirse, unas en vidas, y otras en el momento del fallecimiento, buscando un equilibrio, mediante sistema de compensaciones, y eso lo señalaron varios foralistas aragoneses, entre ellos, MARTÍN BALLESTERO¹⁴⁵.

Se consideró interesante determinar si la introducción del término “legítima” implicó algo más que lo meramente terminológico. Para LALINDE ABADÍA¹⁴⁶, no supuso la introducción del concepto romanista. Sin embargo, también considera que no se trató de la simple sustitución del término “parte” por el de “legítima”; ya que se hablaba de “pro parte et pro legítima”, y, sobre todo, mientras que, en la sucesión normal, bastaba que no hubiese preterición para que el testamento fuese válido, en la vinculada era necesario la asignación “pro parte et pro legítima”.

¹⁴⁵ MARTÍN BALLESTERO, L.: *El Derecho privado en la compilación de Huesca de 1247*, ADA, IV, Zaragoza, 1947, pág. 123, dice: “A diferencia del sistema romano de legítimas la fortuna paterna se transmite íntegramente a los hijos y el testamento es más para asignar cosas ciertas o desigualdades que para determinar una desheredación”.

¹⁴⁶ LALINDE ABADÍA, J.: op. cit., pág. 362.

La vinculación impuesta por testamento se rompía por alcanzar el heredero la edad de veinte años, cuando no había asignación cierta y graciosa “pro parte et legítima”. Si existía esta asignación la vinculación se rompía también por alcanzar la referida edad de los veinte años en cuanto a la legítima, pero no, en cuanto a los otros bienes, en los que la vinculación podía ser perpetua. Con relación al tema tratado, finalmente, LALINDE ABADÍA expone una serie de conclusiones, de las que, por su interés, a nuestro juicio, exponemos lo siguiente:

“El periodo de dispersión normativa se caracteriza por su indefinición, careciéndose de información sobre si la legítima visigoda se ha mantenido en la población mozárabe, y en los territorios que tuvieron más contacto con los visigodos, como el condado de Ribagorza.

En los últimos veinte años del siglo XII, se dibujan dos zonas, como son la del Alto Aragón, que, al menos, ha conocido la libertad de testar, con desaparición de la legítima, y la del Bajo Aragón, que ha negado la libertad de testar, estableciendo la legítima igualitaria, El primer criterio, con su foco en Jaca, se ha extendido por la “Montaña” y su “terra nova”. El segundo se ha manifestado en los fueros del resto de la tierra aragonesa, salvo en el de Calatayud, y, por tanto, en los de Daroca. Teruel y Albarracín”.

VI.-LAS PARTIDAS

Con la difusión del Derecho común y el fortalecimiento del poder monárquico, se operó una notable transformación en el Derecho castellano de sucesiones, En esta época medieval, surgió en Castilla un texto legal, cuya denominación original, “El Libro del Fuero de las Leyes”, y más tarde, debido a la estructura de la obra, empezó a denominarse, “Las Siete Partidas”, fue, sin duda, a juicio de la mayor parte de la doctrina, una de las obras más importantes que ha conocido el Derecho español.

La libertad de testar contenida en Las Partidas no se entendió de una forma meramente teórica, como sucedió en el *Liber Iudiciorum* sino que al determinar una legítima de un tercio, o de la mitad de la herencia, en función del número de hijos, concedían a la libertad de testar un carácter exponente máximo que se encontraba en

las Partidas. En ellas se expuso un moderno régimen de testamento en el que figuraba el principio de libertad de testar individual, de acuerdo con la regulación de Justiniano que se aceptó plenamente.

Únicamente partiendo de la base de que esta libertad de testar sustancial era un principio rector de todo el sistema hereditario de Las Partidas, es posible explicar y comprender la regulación específica que proyecta: sobre la *portio debita* a los herederos forzosos; sobre la facultad de desheredación; y, finalmente, sobre el testamento inoficioso y su remedio apropiado jurídico: la querella *inofficiosi testamenti*.

El ordenamiento jurídico castellano del siglo XIII, reflejaba, ciertamente, entre otras cosas de nota positiva, un auge económico que redundó en un reforzamiento de la persona individual que, titular de un patrimonio conseguido con sus esfuerzos, era considerada también. como titular de un derecho de disposición *mortis causa* sobre el mismo. Existían límites derivados de los derechos hereditarios de ciertos parientes, a quienes, no obstante, la nueva coyuntura económica facilitaba medios de vida suficientes con independencia de los bienes familiares.

Las Partidas favorecían la libertad de testar, se trataba de un régimen pensado para una sociedad dinámica y en transformación. Por ello no ha de extrañar, como manifiesta MONTEGUT ESTRAGUÉS¹⁴⁷: “Que los sectores más apegados a perpetuar en su linaje la propiedad del patrimonio familiar recurran a fórmulas vinculatorias que están en los orígenes del mayorazgo y que implican la necesidad de plantear una oposición activa al sistema hereditario de las Partidas que no les da cabida”.

La labor legislativa de Alfonso X tiende a minimizar las tensiones que existían haciendo hincapié en lo siguiente: el régimen hereditario de Las Partidas fue una apuesta por la libertad de testar y en favor del elemento burgués y más dinámico de la sociedad, que no se oponía a la subsistencia de la tradición anterior de forma voluntaria, sino que la integraba, Las Partidas, en definitiva, trataban de imponer una cuota inferior de disposición forzosa, es decir, a favor del testamento, a favor de la libertad de testar,

¹⁴⁷ MONTEGUT ESTRAGUÉS DE, T.: << El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes >>, en *AHDE*, 1992, pág. 243

Las Partidas tuvieron una efectividad problemática que no se zanjaría oficialmente hasta el pronunciamiento del Ordenamiento de Alcalá de 1348 y su famoso orden de prelación de fuentes.

Del contenido jurídico de Las siete Partidas¹⁴⁸, el recogido en la sexta, que trata de las instituciones hereditarias: capacidad para testar; institución de heredero; sustitución de heredero y testamento nos resulta relevante para nuestro trabajo.

VII.- EL FUERO REAL

En la época de los fueros municipales, de las villas y de las ciudades, el Rey Alfonso X el Sabio, después de haber incorporado a su reino extensos territorios, consideró que había llegado el momento de dar paso al Derecho, iniciando un proyecto jurídico – entre 1252 y 1255 - que tenía como puntos esenciales: la supremacía del rey en lo temporal, que tenía el monopolio legislativo y la unificación del Derecho, así como el fortalecimiento y supremacía de su reino, con el objetivo de que fuese modelo y admiración en España y en Europa. El Rey realizó este proyecto jurídico, por una parte, elaborando códigos generales para que tuvieran aplicación en sus reinos y, por otra, mediante la creación de normativa de rango inferior¹⁴⁹.

En lo que se refiere a la sucesión hereditaria, se acepta el régimen visigótico de la mejora. El Fuero Real, cuya edición más importante fue la de 1836, quedó integrado por 4 libros, estructurados en 72 títulos y 550 leyes; que de una forma breve y concisa contienen:

En el libro 1º: un compendio de la fe cristiana y del Derecho eclesiástico, los derechos del rey y del reino, las leyes y personas que intervienen en la administración de justicia; en el libro 2º: el modo en que deben realizarse los juicios desde el planteamiento de la demanda hasta la apelación; en el libro 3º: los derechos relativos a

¹⁴⁸ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *Las Siete Partidas*, Madrid, Reus, 2004.

¹⁴⁹ VV. AA.: *ALFONSO X, Aportaciones de un rey castellano a la construcción de Europa*, 1ª edición, coordinador: M. RODRÍGUEZ LLOPIS, Murcia, Regional de Murcia, 1997, pág. 119.

la familia y a las sucesiones¹⁵⁰ – mandas, herencias y desheredaciones; normativa de interés para nuestro estudio -, a las obligaciones y contratos y en el libro 4ª: cuestiones relacionadas con el Derecho Penal, es decir, los delitos con sus penas correspondientes y el procedimiento criminal, También trata de la adopción, la emancipación, los romeros, el naufragio de navíos y los rieptos de hidalgos.

Es llamativo mencionar que las primeras leyes del Libro 1º no sólo contienen la parte dispositiva, sino también consideraciones doctrinales y razonamientos para convencer de su bondad, mientras las restantes se limitan a la parte preceptiva sin indicar su justificación.

En lo que respecta a la ordenación sistemática de las materias reguladas en el Fuero Real es en líneas generales coincidente con la de las Siete Partidas, que ya ha sido comentada. Una nueva edición se publica en 2018, que reproduce la de 1836, impulsada por la Real Academia de la Historia. En su parte preliminar, se exponen los aspectos más polémicos que, a día de hoy, suscita el texto en cuestión. En primer lugar, su datación, tema no pacífico ya que un sector de la doctrina la fija en 1254-1255, mientras que otro entiende que es obra posterior al reinado del rey sabio, en torno a 1293 y, en segundo lugar, su autoría material, atribuida por el Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Murcia, A. Pérez Martín, al denominado “Jacobo el de las Leyes”.

VIII.- LAS LEYES DE TORO Y LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA

Con la finalidad de proceder a la lectura del testamento de la reina Isabel “La Católica”¹⁵¹, se reunieron en la ciudad de Toro las Cortes de Castilla, en el año 1505. Evento que fue aprovechado, además, para aprobar las Leyes de Toro. Ya desde el siglo XV, se pretendía conseguir una compilación legislativa de carácter oficial que reuniese,

¹⁵⁰ PÉREZ MARTÍN, A.: *El fuero real de Alfonso X el sabio*, 1ª edición, Madrid, Agencia Estatal, 2015, págs. 75, 78 y 85.

¹⁵¹ CARRETERO ZAMORA, J. M.: *Cortes, monarquía, ciudades: las Cortes de Castilla a comienzos de la época moderna (1476-1515)*, Madrid, 1988, págs. 201 y ss.

en la medida de lo posible, las normas y, a su vez, aclarase las contradicciones que pudieran surgir entre varias leyes¹⁵². Por estos antecedentes, se promulgaron el 7 de marzo de 1505 las 83 Leyes de Toro, elaboradas por importantes juristas de la época, como Mújica o Zapata.

Con relación a las Leyes de Toro, manifiesta DOMINGO DE MORATÓ¹⁵³: “las leyes de Toro que en muchos pormenores relacionados con la sucesión testamentaria procuraron desarrollar el sistema inaugurado por el Ordenamiento de Alcalá, de reducir a la sencillez esta importante materia, descartando de ella las innumerables sutilezas del Derecho romano, que no tenían razón de existencia en el nuestro ni en las costumbres patrias, concediendo directamente la testamentifacción al hijo o hija de familias, que fuesen de edad legítima para hacer testamento aun cuando estuviesen sujetos a la patria potestad, e igualmente a los condenados a la pena de muerte natural o civil; sin perjuicio empero en este segundo caso de las responsabilidades que sobre sus bienes pudieran pesar por razón del delito cometido”.

Después, en el año 1532, se retomó la tarea recopiladora que, anteriormente, tanta expectación había suscitado durante el periodo de los Reyes Católicos, pero que nunca había llegado a buen término. Con apoyo del *Ordenamiento de Montalvo*, el 14 de marzo del año 1567, nace la *Recopilación de Castilla o Nueva Recopilación*. Esta importante novedad jurídica, no tuvo un carácter innovador, ya que solamente se basó en el *Ordenamiento de Montalvo* e incorporó a sus nueve libros las leyes que se dictaron entre los años 1484 a 1567. Incluyéndose totalmente las Leyes de Toro.

Con el transcurso del tiempo, y a la vista de que las nuevas ediciones resultaban insuficientes, se consideró necesario la elaboración de un suplemento con las novedades legislativas que se llevaron a cabo desde el año 1745. Sin embargo, a pesar del esfuerzo llevado a cabo, este proyecto no alcanzó su aprobación del órgano correspondiente.

¹⁵² Existieron varios intentos para ordenar y corregir la legislación de la época que no dieron resultado. Entre ellos, el *Ordenamiento de Montalvo*, compilación denominada así, por ser su autor Alfonso Díaz de Montalvo.

¹⁵³ DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, Tomo II, 2ª edición, Pamplona, Analecta, 1877, págs..22 y 23.

Tras un tiempo de parálisis, en el año 1802 fue culminado y presentado dicho suplemento por Juan REGUERA VALDELOMAR, quien, además, tuvo la iniciativa de proponer la elaboración de una nueva obra que recogiese todas las leyes en un solo cuerpo legal. De esta forma nació la “*Novísima Recopilación de las Leyes de España*”¹⁵⁴, el 15 de julio de 1805. El contenido quedaba distribuido en doce libros y carecía de cláusula derogatoria

Con respecto a la legítima de los descendientes, ya el Derecho histórico de Castilla había fijado su porcentaje en Las cuatro quintas partes de la herencia hasta la aparición de la obra: *El Libro del Fuero de las Leyes*, más conocido por su estructura, por Las Siete Partidas, que era favorable a una mayor libertad de testar. Sin embargo, las Leyes de Toro frenaron esa iniciativa volviendo al pasado al considerar como válidas las disposiciones del *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real*.

La Ley I de Toro, que relega a un carácter supletorio a “Las Partidas”, establece que los Fueros prevalecerán siempre, salvo que las Leyes de Toro las “emendem”. Aunque ninguna norma de las Leyes de Toro estipulaba, explícitamente, la legítima de los descendientes, no obstante, la Ley XXVIII impedía al testador dejar por actos *inter vivos o mortis causa* más de la quinta parte de sus bienes, por lo que de una forma indirecta estaba regulando la legítima de los descendientes.

En ausencia de los descendientes, los ascendientes en línea recta sucederán al causante en las dos terceras partes de la herencia, reservándose un tercio de libre disposición para destinarlo a su libre albedrío. Obviamente, en la delación hereditaria, los primeros serán los padres, y a falta de ellos, los demás ascendientes, excluyendo el grado más cercano al más lejano, tanto en la sucesión testada como también en la ab intestada.

¹⁵⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1983, págs. 270 y ss.

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO SUCESORIO COMÚN

INTRODUCCIÓN

En el presente Capítulo, dedicado al Derecho sucesorio común, establecido en el CC, que dedica parte de su Libro III, Título III, artículos 657 al 1087, a lo legislado respecto de cualquier materia del Derecho de sucesiones, exponemos, de acuerdo con el objetivo de nuestro trabajo, el grado de libertad de testar existente, conforme con su legislación en vigor y, por ende, el sistema de legítimas, merced al cual se deduce dicha libertad de testar del disponente con sus bienes.

El sistema de legítimas y por tanto la libertad de testar, lo analizaremos desde la época codificadora, ya que en ella existió una importante polémica sobre que debía imponerse, una libertad de testar, prácticamente absoluta, o bien, un sistema de legítimas, apoyándose los partidarios de una u otra solución en sus correspondientes argumentos.

Asimismo, se le presta la justificada atención a la naturaleza jurídica de la legítima, a su intangibilidad cualitativa o cuantitativa, así como su papel en el CC como límite a la libertad de testar.

Por otra parte, se comentan las abundantes posiciones existentes en el sentido de que la porción de bienes que la ley establece como legítima debe ser modificada, bien disminuyéndola o incluso haciéndola desaparecer, con argumentos a favor y en contra de los partidarios de una y otra solución.

Con respecto al legitimario, entendiendo por tal el que puede recibir la legítima por cualquier título, no sólo por el de herencia, se comenta su situación como titular de una posición compleja, así como sus peculiaridades.

Resulta también de interés, la mención que se hace acerca de la eliminación en el CC del deber de instituir herederos a los legitimarios, así como la atribución a éstos del contenido de la legítima.

I.- LOS ORÍGENES DEL CÓDIGO CIVIL

La Constitución de Cádiz de 1812 – C.E. 1812 –, ya anunciaba la idea de un proceso codificador del Derecho sustantivo civil¹⁵⁵. No obstante, como es conocido, no fue hasta el año 1889 cuando se promulgó el Código Civil – CC – español. Entre las dos fechas históricas surgieron varios proyectos, destacando entre todos ellos el proyecto de CC de 1851. Este proyecto de CC fue autorizado por las Cortes y se configuró al efecto la Comisión General de Codificación en agosto de 1843. Tras un intenso trabajo llevado a cabo por GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, entre otros, presentaron en 1851 el proyecto, formado por un Título Preliminar, tres Libros y cerca de dos mil artículos¹⁵⁶.

Aunque el CC de 1889 introdujo infinidad de disposiciones del proyecto de GARCÍA GOYENA, sin embargo, éste no llegó a cristalizar en nuestro sistema jurídico. Los motivos que, principalmente, impidieron su aprobación fueron: excesivo acogimiento de las disposiciones del Código francés de la época; la concepción del matrimonio fue otro punto de colisión y la derogación de los Fueros a través del artículo 1922; fue este último motivo, probablemente, la razón que con más fuerza frenó definitivamente su aprobación. Los territorios forales se negaban a ceder sus estatutos jurídicos, los cuales les concedían determinados privilegios.

II.- LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Por lo anteriormente expuesto, no obstante, aunque no llegó a estar vigente, esta importante obra codificadora de apuesta liberal, excesivamente afrancesada y en cierto modo progresista¹⁵⁷, fue el precedente más importante de nuestro CC. La Base Primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 así lo confirmó¹⁵⁸.

¹⁵⁵C.E. 1812, artículo 258: *“El Código Civil y Criminar, y el de Comercio, serán unos mismos en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”*.

¹⁵⁶ ESCUDERO LÓPEZ, J. A.: *Curso de historia del derecho: Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 2007, pág. 905.

¹⁵⁷VV.AA.: *El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, págs. 71 y 72.

¹⁵⁸ *“El CC tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles de derecho patrio, debiéndose formularse, por tanto, este primer Código cuerpo legal de nuestra codificación civil”*.

En el art. 640 del Proyecto de Código civil del año 1851 – PCC51 –, aparecía como relevante la importancia de la concepción romana de legítima, como un conjunto de bienes otorgados por ley a determinados beneficiarios denominados herederos forzosos: *“Llámense herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima*. Los herederos forzosos tienen que ser mencionados en la propia institución de herederos para que la misma tenga validez. Es preciso que sea una verdadera delación hereditaria a favor de los legitimarios.

Por ese motivo, cuando mencionamos a los herederos forzosos lo hacemos respecto a la obligatoriedad que tiene el testador de nombrarlos como tal, pero en ningún caso desde un punto de vista del propio legitimario. Éste tiene la facultad de aceptar o repudiar la herencia, debido a que son actos libres y voluntarios. En ningún caso la repudiación puede perjudicar a aquellos *“que tenga porción legítima para reclamarla”*.

Respecto de la legítima, se trata de una porción de bienes indisponible para el testador no sólo por herencia sino también por cualquier acto de liberalidad que la pueda poner en peligro¹⁵⁹. Como no puede disponer de esta porción, tampoco puede someterla a *“ningún gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie”*¹⁶⁰ por el motivo de que el testador no es propietario de esa cuota, al establecer la misma ley que se tiene que atribuir a determinados sujetos llamados herederos forzosos¹⁶¹. El proyecto de CC que analizamos sólo reconoció como herederos forzosos a los hijos y descendientes legítimos, y en su ausencia a los padres y demás ascendientes legítimos.

Los del primer grupo percibirían cuatro quintas partes de la herencia siempre y cuando fuesen más de uno, en el supuesto de un sólo hijo o descendiente su derecho sería, solamente, de dos tercios. Si los padres o ascendiente eran varios la cuota de la herencia que les correspondía era de dos tercios, si se trataba de uno sólo recibía la mitad¹⁶²

¹⁵⁹ Arts..954 y 971 PCC51.

¹⁶⁰ Art. 643 PCC51.

¹⁶¹ MANRESA NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1951, págs. 290 y ss.

¹⁶² Art. 642 PCC51.

No obstante, lo anterior, el testador podía asignar en usufructo a su cónyuge superviviente una cuarta parte de la legítima si sólo tenían un único hijo o descendiente. Si eran más el usufructo se reducía a la quinta parte de la misma. Por consiguiente, este precepto anulaba el usufructo legal. De no existir familiares en línea recta descendiente, el testador podía otorgar hasta la mitad de su herencia para destinarla a su cónyuge, pero en este caso en plena propiedad y no en usufructo¹⁶³.

Por otra parte, es de interés recordar que el mencionado art 640 PCC51, finaliza con la expresión: “*La porción reservada se llama legítima*”, y es que si comparamos esta norma con la vigente del art. 806 CC, que utiliza la palabra “reservado”, podía pensarse en la existencia de una cierta relación con la tesis germánica de la legítima, debido a que la propia norma usa dicho término de “reserva” al estilo del modelo civil francés. Que no ha sido utilizada esta palabra como sinónimo de legítima se puede deducir claramente del CC¹⁶⁴.

III.- LA LIBERTAD DE TESTAR Y EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS EN ÉPOCA CODIFICADORA

Durante la época codificadora existió polémica entre los que defendían la libertad de testar, de una parte, y los que defendían el sistema de legítimas, de otra. A ello se refiere VALLET DE GOYTISOLO¹⁶⁵: “Todo el periodo codificador del Código civil español vivió en un clima polémico en torno a qué régimen sucesorio debía ser elegido entre los sistemas de legítimas o de legítimas y mejoras, de una parte, y el de libertad de testar, más o menos absoluta, de otra. Su estudio, sin duda, es uno de los más instructivos y formativos que pueden ofrecerse a un jurista”. Un resumen de los

¹⁶³ Art. 653 PCC51

¹⁶⁴ Art. 811 CC: “*El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiera adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*”, y el art. 968 CC: “*Además de la reserva impuesta en el art 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales*”.

¹⁶⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las Legítimas*, Madrid, 1974, págs. 24 y ss.

argumentos en los que se apoyaron una y otra parte puede sintetizarse de la siguiente forma:

A.- EN FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR

La libertad de testar se considera un principio fundamental del derecho de sucesiones moderno. No sólo contempla la libertad para otorgar testamento o no, sino también para decidir su contenido, entre el que se encuentra la libertad para imponer condiciones a los sucesores. Sin embargo, esta libertad del testador puede afectar la libertad e incluso los derechos fundamentales de los sucesores. Las condiciones testamentarias impuestas a los sucesores pueden afectarles, en primer lugar, a sus libertades, y en segundo lugar las que conciernen al derecho a la igualdad y a la no discriminación¹⁶⁶.

Con respecto a los argumentos de carácter individualista, podemos referirnos, por un lado, a los derechos de personalidad y de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no deben ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias, y porque dicha libertad le permite cumplir en la naturaleza con todos los deberes que las relaciones de su propia vida han creado, que le son imputables, y que los más elementales principios de justicia demandan que se cumplan¹⁶⁷.

Por otro lado, también con respecto al argumento de carácter individualista, podemos referirnos al derecho de propiedad, puesto que fundado en la naturaleza y previsora del hombre ha de tener efectividad para después de la muerte en uso del *ius disponendi*, que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también del derecho de propiedad, y que de ninguna manera más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del causante, por ser quien mejor conoce esos deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento.

Con relación a argumentos de carácter familiar, tener presente que la familia comprendía y ordena un conjunto de relaciones, cada una de ellas constituye un vínculo

¹⁶⁶ https://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf (Consultado 21/09/2019).

¹⁶⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, 2ª edición, Madrid, 1910, pág. 721.

natural que, como tal, se encuentra por encima de la humanidad misma *ius naturale*. Por este motivo tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo. La familia se concibe más como una relación de comunidad que como una relación de Derecho, y, como tal, es un orden que nace del peso relativo de las distintas personalidades que constituyen la comunidad. Cuando el Derecho influye en una comunidad, empezando a limitar con precisión, dentro de ella, las prerrogativas del individuo, cabe que la comunidad se convierta en un contrato o en una relación de poder jurídicamente delimitada, y en ambos casos queda desnaturalizada¹⁶⁸.

De lo anterior, se deduce que se aconseje la máxima autonomía en la dirección en las disposiciones del jefe de familia y una escasa intervención del legislador y del Estado en el cumplimiento de unos deberes que sólo aquél puede juzgar con pleno acierto, con conciencia y con equidad moral¹⁶⁹.

Los defensores de las legítimas amplias, en contra de este argumento, afirmaban que la libertad de testar era contraria a la unidad familiar, ya que podía dar lugar a que se cometiesen abusos¹⁷⁰ e injusticias del padre o del heredero, era origen de envidias entre los componentes de la familia y fomentaba los pleitos.

Con relación a los argumentos de carácter político, puede mencionarse, entre lo que se comentaba por entonces, lo siguiente: De todas las libertades que podía desear el hombre se consideraba que la de la familia era la primera: “El pueblo en que el jefe de la familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso a la autoridad judicial del Juez o a su Alcalde o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo”¹⁷¹.

Por su parte, DURÁN Y BAS¹⁷² manifestó: “Desde el punto de vista político, la libertad de testar se justifica aún más, si cabe, que bajo el Derecho privado. La libertad

¹⁶⁸ HELMUT COING.: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, págs. 93 y ss.

¹⁶⁹ FALGUERA i PUIGURIGUER DE, F. M.: *Conferencias del Derecho catalán*, Conf. I, Barcelona, 1889, págs. 14 y 15.

¹⁷⁰ GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, Madrid, 1852, págs. 329 y ss.

¹⁷¹ FALGUERA i PUIGURIGUER DE, F. M.: op. cit., págs. 13 y ss.

¹⁷² DURÁN Y BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pág. 218.

civil es la verdadera condición de los pueblos libres. Los derechos políticos no son sino su garantía; aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de contratación, porque es el reconocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad”.

En cuanto a argumentos de utilidad social, son considerados como tales los ya mencionados de interés familiar, de los que resulta de interés señalar su aspecto referente a facilitar la conservación de la familia como órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral. Dicha utilidad social se traduce en una serie de argumentos de carácter empírico o práctico, aunque nada mejor para centrar esa argumentación que referirnos a parte de lo manifestado por JOAQUIN COSTA¹⁷³:

“Las ventajas económicas de la libertad de testar no me incumbe a mí analizarlas ni hacerlas valer: si hace a los hijos menos vanos, más reflexivos, más previsores, mejores ciudadanos; si fortifica la autoridad del padre de familia, poniendo en sus manos un arma poderosa, estímulo a la virtud y freno al vicio, y medio de premiar méritos, de remunerar servicios, de reprimir inclinaciones aviesas, de castigar ingratitudes, extravíos, desórdenes; si la libertad de testar previene otro de los mayores daños que se siguen de la legítima, que los hijos de los propietarios en pequeño descendan a jornaleros y los de éstos a proletarios”.

Todo esto hay que dejarlo íntegro a los Congresos de economistas, de agricultores y de políticos. Nosotros debemos estudiar los problemas de Derecho con un criterio estrictamente jurídico, sin que nos preocupe en lo más mínimo si la solución defendida es más útil o menos útil que la impugnada, seguros, por lo demás, de que la cuestión económica va siempre envuelta en la jurídica, y que lo más justo es siempre lo más beneficioso y útil”.

¹⁷³ COSTA MARTÍNEZ, J.: *La libertad de testar y las legítimas, publicado en la libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*, Madrid, 1983, págs. 527 y ss.

Asimismo, dicho autor se refiere a la división forzosa de las herencias, en el sentido de que debía traer, y en efecto ha traído, el desmenuzamiento de la propiedad territorial privada y ésta, a su vez, la idea de que la ley declarase forzosamente indivisibles las piezas de tierra dentro de los límites de una cierta unidad legal.

En contra de este argumento, ya se había manifestado ALONSO MARTÍNEZ¹⁷⁴: “que la familia se constituye y la propiedad se desenvuelve por manera idéntica en provincias regidas por sistemas legales no ya diversos, sino opuestos”. Y citó al efecto Guipúzcoa, regida por la legislación castellana; Navarra, con absoluta libertad de testar; Aragón, con libertad entre sus hijos, y Cataluña, con legítima de un cuarto.

También, dicho autor, con relación a Navarra objetó: “que, en Navarra con la libertad de testar, la propiedad está muy dividida, y es por todo extremo diminuta la unidad agrícola, al paso que, en Andalucía, con el sistema castellano, los propietarios son pocos y sus dominios son vastos”. Si con respecto a Navarra cabía preguntar si la propiedad pequeña lo era o no en demasía, era evidente con relación a Andalucía, que sus latifundios fueron consecuencia de los mayorazgos, con su acumulación estatutariamente forzosa. Aparte de la regla de que en las tierras ricas la partición de las pequeñas propiedades no solía llevar a minifundios, sino a latifundios, a través de la venta a los grandes propietarios.

B.- EN FAVOR DE LAS LEGÍTIMAS

Existían razones de tipo individualista, basadas en el principio de la igualdad. Se comentaba que el régimen de la libertad de testar, utilizada para nombrar heredero a uno sólo de los hijos, “parece como si los padres no tienen más que un hijo y que la procreación se degenera por grados en la misma familia a medida que cumplen los cónyuges el precepto *crescite et multiplicamini*”¹⁷⁵.

Por otra parte, MORET Y SILVELA¹⁷⁶ observaron que “la idea igualatoria de la legítima encierra en sí, por consiguiente, una monstruosa desigualdad dentro de la

¹⁷⁴ ALONSO MARTÍNEZ, M.: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª edición, Madrid, 1947, págs. 157 y ss.

¹⁷⁵ CASANOVAS Y FERRÁN, J.: *Cuestión sobre los derechos de herencia en el principado de Cataluña*, Sevilla, 1869, pág. 12.

¹⁷⁶ MORET, S. y SILVELA, L.: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, pág. 171.

familia. Desconocidas las verdaderas necesidades por la ley, que tiene que ser por fuerza ciega porque no puede ser individual, aparece violada bajo seductoras formas de justicia distributiva”.

Asimismo, COSTA MARTÍNEZ¹⁷⁷ subrayó: “cuando a ese padre le obligáis a legar a todos sus hijos una cantidad igual, vosotros, niveladores, utopistas, que invocáis tanto la equidad, sois igualitarios en apariencia, pero de hecho los mayores enemigos de la igualdad. Para repartir entre varios individuos de una familia una herencia con verdadera igualdad de derecho, no con igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, que, si al hombre irreflexivo puede engañar, no así al hombre pensador que sabe levantar la corteza y penetrar en la esencia de las cosas, para distribuir – digo – una herencia entre los diversos miembros de una familia con estricto criterio de justicia”.

También, ha observado ROCA SASTRE¹⁷⁸ que: “Es evidente que, desde un punto de vista estrictamente aritmético, dinerario o crematístico, podrá decirse que un hijo se queda casi con todo y los demás no perciben nada; pero esto constituye un mal enfoque del problema, el cual debe ser contemplado desde un plano superior funcional, biológico, social y económico. Debe huirse del simplismo perturbador y ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas”.

Respecto a razones de tipo jurídico, tenemos la copropiedad familiar. Las legítimas fueron entre los germanos, según manifestación de Azcárate¹⁷⁹: “una consecuencia de la copropiedad de la familia”. Pero como el mismo autor objeta, “cabe sostener que sean hoy consecuencia de la copropiedad de la familia, cuando de hecho ésta ya no existe, y cuando en principio tampoco se reconoce, puesto que es incompatible con ella la emancipación por edad”.

¹⁷⁷ COSTA MARTÍNEZ, J.: op. cit., págs. 521 y ss.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE, R. M.: << La necesidad de diferenciar lo rural de lo urbano en el Derecho sucesorio >>, en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, Tomo I, Madrid, 1943, pág. 375.

¹⁷⁹ AZCÁRATE MENÉNDEZ DE, G.: *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, Tomo III, Madrid, 1883, pág. 77

Y si a esa copropiedad familiar se le concede otro sentido más genérico, como indica ALONSO MARTÍNEZ¹⁸⁰: “de cierta especie de condominio virtual a un derecho indirecto y subsidiario de unos individuos de la misma familia en los bienes de los otros, nacidos de los lazos que los ligan o de las obligaciones naturales que suponen la constitución y conservación de los mismos”, y que según SÁNCHEZ ROMÁN¹⁸¹: “llevarían lógicamente a afirmar la copropiedad de la humanidad entera, desde que la moderna idea del condominio familiar no se funda en una verdadera propiedad de familia, sino en los lazos de solidaridad que unen a sus individuos y que, si no tan estrechas, por su condición de seres asociados unen a todos los hombres, y, en más o menos grado, todos cooperan en la labor individual y social de los demás”.

Dentro de las razones de carácter propiamente jurídico, consideramos de interés referirnos a los deberes de la paternidad. El argumento de más solera a favor de las legítimas lo hallamos en la Ley 17 del Título I de la sexta Partida, que nos recuerda que: *“E a esta parte legítima dizen en latín, parte debida iure naturae”*.

GARCÍA GOYENA¹⁸², razonó así este fundamento, valorado en general, como el más serio, en favor de las legítimas: “Los padres y madres, que han dado la existencia natural, no deben tener la libertad de hacerles perder arbitrariamente la existencia civil bajo una relación tan esencial como la de los bienes o fortuna; y aunque deben quedar libres en el ejercicio de su derecho de propiedad para con los hijos y con la sociedad. El padre ha contraído no sólo con aquéllos, sino también con ésta, la obligación de conservarles los medios de subsistencia proporcionados a su fortuna”.

Asimismo, ALONSO MARTÍNEZ¹⁸³ subrayó dicho fundamento, haciendo hincapié en que: “La deuda alimenticia tiene una base más ancha que la incapacidad para el trabajo, ora nazca de los pocos años, ora de la enfermedad del cuerpo y del espíritu. La familia es el *médium* en que necesariamente vive el hombre, y, por tanto, los derechos y deberes de sus miembros son, y no pueden menos de ser, correlativos y recíprocos”. Por su parte, GIL Y ROBLES¹⁸⁴ planteó: “Los partidarios más fervientes de la libertad de

¹⁸⁰ ALONSO MARTÍNEZ, M.: op. cit., págs. 117 y ss.

¹⁸¹ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: op. cit., págs. 734 y ss.

¹⁸² GARCÍA GOYENA, F.: op. cit., pág. 431.

¹⁸³ ALONSO MARTÍNEZ, M.: op. cit., págs. 114 y ss.

¹⁸⁴ GIL Y ROBLES, E.: *Tratado de Derecho político*, Tomo II, 3ª edición, Madrid, 1961, pág. 2.

testar suelen reconocer el derecho de alimentos, cuando menos a hijos y a padres; ahora bien, ¿qué es esto más que la legítima?”.

Respecto a razones de orden económico o práctico, resultan de interés las señaladas por ALONSO MARTÍNEZ¹⁸⁵, a las que a continuación nos referimos:

“Con él – régimen de legítimas – no hay el peligro de que la propiedad se acumule en pocas manos ni, por tanto, que se reproduzca en España un estado social semejante al que sugirió la célebre frase: *Latifundia perdiere Italian*”¹⁸⁶.

“El sistema de las legítimas favorece la movilización de la propiedad, mientras que la libertad de testar la impide, no sólo porque la fatalidad de la lógica impone como natural complemento de ésta la sustitución fideicomisaria y porque es invencible en el hombre el deseo de perpetuar su casa y apellido, sino también por la imposibilidad de encontrar compradores para establecimientos vastísimos de un precio fabuloso, que sólo está al alcance de muy raras fortunas”.

“Con la división del patrimonio entre los hijos no puede menos de aumentarse el número de pequeños propietarios, lo cual es de excepcional importancia en los tiempos que atravesamos, porque sólo multiplicando los poseedores de inmuebles e interesando a una masa considerable de ciudadanos en la defensa de derechos de propiedad es como puede construirse un dique bastante poderoso a detener el torrente devastador de las ideas socialistas”.

Es evidente, que a estas observaciones de ALONSO MARTÍNEZ se les puede oponer: que la formación y el mantenimiento de los latifundios corresponde más al régimen de los mayorazgos o vinculaciones que al de la libertad de testar; que puede ponerse en duda que sea un objetivo deseable la movilización de la propiedad inmueble¹⁸⁷, y que la multiplicación del número de pequeños propietarios tiene el número de conveniencia que marca la muy variable medida óptima de la explotación, en el cual no puede frenarse el sistema de legítimas y sí el buen proceder del testador

¹⁸⁵ ALONSO MARTÍNEZ, M.: op. cit., págs. 141 y ss.

¹⁸⁶ DURÁN Y BAS, M.: op. cit., pág. 231.

¹⁸⁷ ROCA SASTRE, R. M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo III, 1ª edición, Barcelona, 1941, págs. 567 y ss.

de turno. Cuestión que podría relacionarse con la economía de escala, es decir, con el mayor o menor coste de la unidad de producción¹⁸⁸.

IV.- LA LEGÍTIMA DEL CÓDIGO CIVIL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR

La solución que nos ofrece el CC¹⁸⁹ fue en el fondo una fórmula transaccional que dio al problema de la libertad de testar. El ámbito de dicho problema consiste en determinar si el causante debe tener absoluta libertad para disponer libremente de sus bienes por testamento, o esa libertad debe estar limitada por el sistema de las legítimas. A favor de uno y otro sistema se han esgrimido una serie de argumentos. Como manifiesta RIVAS MARTÍNEZ¹⁹⁰: “nuestro CC a su publicación, recogiendo los criterios de la Comisión General de Codificación y de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, introdujo en relación al Derecho anterior novedades apreciables en esta materia”.

La ley civil española manifiesta una postura protectora respecto a los familiares más próximos al causante, que de una u otra forma le compele a limitar sus disposiciones patrimoniales hereditarias a favor de ciertos parientes con los que tienen vínculos naturales¹⁹¹. En el grupo favorecido aparecerán los familiares más cercanos al disponente y su propio cónyuge.

¹⁸⁸ FRÉDÉRIC LE PLAY, P.: *La organización de la familia. Modelo que señala la historia de todas las personas y de todos los tiempos*, París, 1871. Págs. 76 y ss.

¹⁸⁹ Art. 763 CC.

¹⁹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Tomo II, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 1407. Las novedades más apreciables fueron:

1ª.- Ampliar el círculo de herederos forzosos, subsanando la injusticia que la anterior legislación había cometido con el cónyuge viudo y con los hijos ilegítimos.

2ª.- Reducir las cuotas legitimarias con la consiguiente ampliación de la libertad de testar, facilitando así la aproximación entre la legislación común y foral. Redujo la cuota legitimaria de los descendientes a dos tercios del caudal y amplió la mejora a un tercio del total, según los arts. 808 y 823 CC, en lugar de un tercio de los cuatro quintos; redujo, igualmente, la cuota legitimaria de los ascendientes a la mitad del haber y, en virtud de la reforma de 1958, en caso de concurrencia con el cónyuge viudo a un tercio.

3ª.- Conceder a los ascendientes el derecho de reversión del art. 812 CC.

¹⁹¹El art. 33 de la CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, haciendo una remisión a las leyes que regulen la función social de este derecho. Asimismo, el art. 39 de nuestra Carta Magna, establece un intervencionismo por parte de los poderes públicos a fin de conseguir una “protección social, económica y jurídica de la familia” y la “protección integral de los hijos”. Como se desprende, el factor de

La fórmula de sucesión citada procede esencialmente del Derecho romano, donde existía libertad de disponer condicionada a la entrega de la “*portio debita*” a los herederos forzosos¹⁹². También el influjo castellano de la edad media – de tendencia germánica -, aportó la novedad de una porción hereditaria denominada mejora¹⁹³, merced a la cual los padres podían disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, naturales o por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima.

Aunque coexistieron ambas legítimas, romana y germánica, destacaba por encima de las dos la influencia de la concepción romana, dentro de una importante versión del “régimen castellano de legítimas y mejoras”¹⁹⁴.

Por consiguiente, puede decirse que el predominio del principio de igualdad rige con fuerza en este supuesto, produciéndose un equilibrio entre la voluntad del testador y los familiares más próximos al causante, al permitirse una cierta libertad de reparto del caudal hereditario con el límite de respeto a unas determinadas cuotas que corresponderán a unos herederos designados por la ley.

Este sistema, considerado imparcial, permite ajustar el Derecho de sucesiones a una equiparación efectiva entre los herederos forzosos, excluyendo la posibilidad de que, por decisión del disponente, se encuentre alguno o algunos de sus familiares sin ninguna asignación patrimonial¹⁹⁵, cuestión que queda a salvo con lo regulado por el art. 806 CC que indica la porción de bienes de los que el testador no puede disponer por ministerio de la ley.

protección al núcleo familiar es verdaderamente amplio. No obstante, el mencionado art. 33 de la CE, reconoce explícitamente el derecho a la propiedad privada. Ello nos hace reflexionar porque si la propiedad privada es un derecho que incluye la propia libre disposición de las pertenencias, choca, a nuestro juicio, con el derecho de herencia reconocido acto seguido. Frente a la misma intervención de los poderes públicos la propiedad se restringe en la temática hereditaria, porque la legítima priva al propietario de la facultad de disposición sobre sus bienes.

¹⁹² VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1966, págs. 10 a 40.

¹⁹³ Aparece el primer precedente en la ley “*Dum Inlicita*” de Chindasvinto – recopilada en el “*Liber iudiciorum*” – que concede la legítima a los descendientes de cuatro quintas partes y una mejora de un décimo. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1979, págs. 581 y ss.

¹⁹⁴ VV.AA.: *Código civil: doctrina y jurisprudencia*, director: J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, Tomo III, Madrid, 1995, pág. 848.

¹⁹⁵ AGUILAR GONZÁLEZ, J.: << Reflexiones acerca de la herencia >>, en *AJEE*, XLI, Madrid, 2008, págs. 233 a 244.

A.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

El art. 806 CC nos informa sobre lo que debe entenderse por legítima: *“es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos”*. A tenor de este precepto podríamos deducir que el legitimario es heredero y forzoso, que su llamamiento lo hace la ley a una cuota del patrimonio hereditario y que de esa cuota el testador no puede disponer. El receptor de dicha cuota es legitimario, ya que la puede recibir, además de por herencia, por legado, y más aún, por donación que le haya efectuado el causante, *inter vivos*, imputable a la mencionada cuota.

Sin embargo, como manifiesta VELA SÁNCHEZ¹⁹⁶, el legitimario no ha de ser necesariamente heredero, pues puede recibir su porción por cualquier título, así, según el art. 815 CC: *“el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”*. Por tanto, el legitimario parcialmente satisfecho no puede impugnar el testamento para ser heredero abintestato.

Puede tildarse dicha definición de un tanto ambigua porque en primer lugar el heredero forzoso no lo es por una tercera clase de delación hereditaria tal y como podría interpretarse; el CC sólo reconoce la sucesión testada e intestada como lo indica su art. 658¹⁹⁷. Más aún, debe decirse que esa disposición de bienes no sólo se ve limitada por testamento, sino también por actos de liberalidad¹⁹⁸. Asimismo, el propio tercio de mejora también hace entrar en contradicción a este precepto, puesto que es disponible por el testador bajo unas determinadas condiciones¹⁹⁹.

¹⁹⁶ VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Derecho civil para el grado y Derecho de sucesiones*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, págs. 83 y 84.

¹⁹⁷ Es posible entender también que existe un tercer tipo de sucesión de carácter mixto, que por tanto aglutina a las dos anteriores.

¹⁹⁸ Véanse los arts. 636, 654 y ss. CC, referidos a donaciones inoficiosas. CASTÁN TOBEÑAS, J.: op. cit., pág. 481.

¹⁹⁹ Obsérvese el art. 808 CC: *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”*. También el art. 823 CC: *“el padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima”*.

Pero si por algo el art. 806 CC ha estado sometido a discusión, ha sido por la apreciación de herederos forzosos²⁰⁰ como sucesores que se benefician de la legítima por imperativo legal. Con relación a esta cuestión, DE COSSIO²⁰¹ realiza un breve comentario al art. 813 CC²⁰²: “es decir, que la legítima es algo que corresponde a los herederos por su condición de tales”. Y que, según este precepto, el testador tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto respecto al usufructo de viudo y lo establecido en el art. 808 CC, relacionado con los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

Como es conocido, en una sucesión intestada, obviamente, el heredero coincide con el legitimario por ser precisamente la ley quien fija directamente tal condición²⁰³. Sin embargo, en la sucesión testamentaria la institución de heredero puede coincidir o no dependiendo de si el testador tomó la decisión de nombrar como heredero al legitimario o este nombramiento no se llevó a cabo. Su fundamentación se basa en que en los arts. 806 y 807 CC, el testador tiene obligación de destinar una serie bienes a unos determinados herederos, pero no se le compele a nombrar en el testamento a los legitimarios.

Por consiguiente, y según el art. 813 CC: *“el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”*. El heredero recibe la herencia y el legitimario la legítima. Por lo tanto, aunque aparezca indistintamente en el CC la palabra “heredero”, se debe matizar entre dicha palabra y el término “legitimario”, que por cierto se echa de menos en su extenso articulado.

El título de heredero, sin duda, es diferente al de legitimario, aunque cabe la posibilidad de que ambos coincidan en el mismo sujeto. En este caso, tiene la opción de conservar la legítima renunciando a la herencia²⁰⁴. En el supuesto de que su intención sea la de obtener la legítima, se subroga en los derechos y obligaciones del causante,

²⁰⁰ En el CC aparece el uso del término “heredero forzoso” en los arts.: 763, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 821, 825, 857, 863, 985, 1035 y 1056.

²⁰¹ COSSIO Y CORRAL DE, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1988, págs. 574 y ss.

²⁰² “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”.

²⁰³ PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo V, Volumen III, Barcelona, 1983, págs. 6 a 9.

²⁰⁴ El hijo o descendiente mejorado tiene la opción de renunciar a la herencia aceptando la mejora, tal y como indica el art. 833 CC.

pero sin necesidad de que acepte las cargas y gravámenes que puedan lesionar su “*portio debita*”, actos fraudulentos que le perjudiquen e incluso donaciones inoficiosas. Como manifiesta PUIG BRUTAU²⁰⁵: “es un heredero como cualquier otro, pero protegido por la ley contra los actos gratuitos de su causante que le perjudiquen”.

Asimismo, tendrá dicho beneficiario del haber hereditario, la opción de complementar la legítima cuando por cualquier título no la haya recibido, estando a su alcance reducir todas aquellas disposiciones testamentarias que resulten inoficiosas o excesivas²⁰⁶ una vez hallado el activo y el pasivo hereditario. Su título adquisitivo procede de la ley y no del testamento. Como se pronuncia LACAL²⁰⁷: “el legitimario adquiere por un título diferente al de la propia voluntad del testador, pero como heredero asume el rol y límites impuestos por el mismo dentro de los parámetros legales”.

La consecuencia de lo anterior es que la legítima es una institución de orden público que no puede ser derogada por decisión del testador, ni tampoco es posible establecer sobre este conjunto de bienes cargas o gravámenes, ni condición ni sustitución, salvo en los casos determinados por la ley. El Tribunal Supremo – TS -²⁰⁸, en sus resoluciones, dictamina sobre lo procedente respecto de los derechos legitimarios correspondientes.

La imperfección del art. 806 CC ha dado lugar a que muchos autores traten de matizar de una u otra manera la verdadera naturaleza jurídica de la legítima. Al respecto, ROCA-SASTRE MUNCUNILL²⁰⁹ manifiesta que la misma se “deriva de la propia exégesis” de la definición contenida en dicho precepto, sintetizándolo en tres notas características al comprender que es una “institución de Derecho coactivo y mortis causa”, adicionando que lo más específico y característico “es la dualidad entre el elemento porción de

²⁰⁵ PUIG BRUTAU, J.: op. cit., págs. 8 y ss.

²⁰⁶ Arts. 815 y 817 CC.

²⁰⁷ LACAL, P.: << Herederos y Legitimarios >>, en *RCDI*, noviembre de 1945, págs. 723 y ss.

²⁰⁸ STS 161/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1160/2016, de 16 de marzo de 2016, en su F. J. 2º p.5, establece: “En síntesis, en los dos motivos se cuestiona el criterio seguido por la sentencia recurrida, considerando que la interpretación adecuada del art. 9.8 CC lleva a concluir que los derechos legitimarios del cónyuge viudo se deben regir por la ley que regula los efectos del matrimonio”.

²⁰⁹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Barcelona, 1997, págs. 36 y ss.

bienes reservada por la ley, y el elemento bienes de la herencia abierta de los que puede y debe disponer el causante para dejarlos por cualquier título a los legitimarios”.

Las distintas disposiciones normativas no han estado muy a favor de la libertad de testar, sino por el contrario, impidiendo que éste causara perjuicios innecesarios a los sujetos, que los diversos ordenamientos han ido considerando necesitados de protección. En el CC no hay una legítima de tipo rigurosamente unitario, sino diversas modalidades legitimarias dirigidas a alcanzar una finalidad práctica. Por ello, la comprensión de nuestro derecho positivo quedará facilitada con la exposición previa de las posibilidades que existen para la protección de los más próximos parientes del testador. Estas posibilidades, como indica RIVAS MARTÍNEZ²¹⁰, pueden ser examinadas desde distintos ángulos:

En su aspecto funcional podemos clasificar los sistemas legitimarios en tres grupos: sistema legitimario de atribución hereditaria legal forzosa, sistema de atribución legal forzosa de determinados derechos y sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno.

Por el contenido del derecho, es un criterio de clasificación, en el que tradicionalmente se ha estudiado la naturaleza jurídica de la legítima. La doctrina se encuentra ampliamente dividida sobre dicha cuestión. Las tesis existentes en relación con el contenido de la legítima se centran en cuatro posiciones enfrentadas:

Por clara influencia directa del Código Napoleónico²¹¹, se defendía que la legítima se configuraba como una “*pars hereditatis*”, es decir, según PUIG BRUTAU²¹²,

²¹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: op. cit., págs. 1410 y 1411. Clasifica en tres grupos los sistemas legitimarios por su aspecto funcional: 1.- El sistema legitimario de atribución hereditaria legal forzosa es el que considera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada. En este caso la ley concede al legitimario una protección directa y positiva en forma de delación legal. 2.- El sistema de atribución legal forzosa de determinados derechos constituye un *tertium genus* diverso de la sucesión intestada y de la testada, y puede tener distinto contenido según lo atribuido sea una porción de herencia, de bienes, una cuota de valor pagadera en dinero, un usufructo, alimentos, etc. 3.- El sistema legitimario de reglamentación negativa o de freno, en el que las legítimas no son sino un límite a la libertad de disponer por testamento o donación. Constituyen una *pars debita* que el causante debe atribuir a los legitimarios. El incumplimiento de este deber viene normalmente sancionado con una serie de efectos protectores de los legitimarios, a quienes dota de las consiguientes acciones para salvaguardarles su derecho a ser satisfechos en su legítima.

²¹¹ Art. 922 CC.

²¹² PUIG BRUTAU, J.: op. cit., págs. 12 y ss.

como una atribución a título de coheredero por la que el legitimario se transforma en “cotitular del activo y del pasivo de la herencia”.

Como máximo defensor de dicha tesis se manifiesta PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS²¹³, en el sentido de que el legitimario ostenta la condición de heredero y por tanto sucede al causante a título universal, por lo que responde también de las deudas del mismo. La teoría de la legítima como “pars valoris”²¹⁴ mantiene la idea de que lo que la Ley concede al legitimario es sencillamente un derecho de crédito que lo faculta para recibir en metálico el importe económico de su legítima con cargo a la herencia en cuestión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su defensa de la concepción “*pars hereditatis*” mantiene la preponderancia de su punto de vista mediante la negación de la concepción “*pars valoris*”, según manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia²¹⁵ - STSJ GAL -, al entender que la esencia de esta institución se funda en la condición de heredero que se configura, a su juicio, como un requisito “*sine qua non*” para su adquisición.

La legítima queda configurada, según la tercera teoría existente, como una “*pars valoris bonorum*”. El artífice de esta concepción es ROCA SASTRE²¹⁶, el cual realizó un amplio estudio sobre la naturaleza jurídica de la legítima, concluyendo que con la “*partio debita*” no se le concede al legitimario una parte de los bienes, sino una parte del valor de los bienes, obteniendo éste un derecho real con un gran sistema de protección al gravar todo el patrimonio hereditario como garantía de pago. Manifiesta VALLET DE GOYTISOLO que la legítima “*pars valoris bonorum*” puede tener al mismo tiempo dos alcances diferenciados.

²¹³ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: << La naturaleza de la legítima >>, en ADC de 1985, págs. 876 y ss.

²¹⁴ Es la teoría sostenida por la vigente Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia.

²¹⁵ STSJ GAL 8/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 2895/2018, de 9 de mayo de 2018, en su F. J. 4º p.2, manifiesta: “Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1997 por tener dicha institución - la legítima - la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en supuestos excepcionales - arts. 829, 838, 840 y párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil -”.

²¹⁶ ROCA SASTRE, R. M.: << Naturaleza jurídica de la legítima >>, en RDP, 1994, págs. 184 a 209.

El primero de ellos apunta a una legítima con carácter de Derecho real, que podría ser abonada en metálico y cuya cantidad quedaría fijada a la fecha de expiración del causante, ostentando como garantía la total afección sobre los bienes hereditarios. El segundo de ellos, detalla una legítima también garantizada por esa afección real sobre los bienes de la herencia, pero cuyo montante equivaldría a una cuota del valor de los bienes de la herencia que, lógicamente, podría variar en función de las posibles alteraciones de los bienes, si bien hay que tener en cuenta que, en todo caso, no deberá responder el heredero, salvo que le sean atribuibles.

Respecto de la última teoría, la mayor parte de los juristas de reconocido prestigio sostienen que la “*portio debita*” tiene la naturaleza jurídica de una “*pars bonorum*”, definida ésta por CASTÁN²¹⁷ como aquella que “da derecho a una cuota líquida de bienes hereditarios, es decir, después de deducir las cargas – que si bien disminuyen proporcionalmente el montante de las legítimas, en cambio, el legitimario no responde personalmente de ellas -, y, generalmente, incrementados contablemente con las donaciones con las cuales puede quedar satisfecha la legítima”.

A lo anterior, añade PUIG BRUTAU²¹⁸, el legitimario al adquirir tal condición va a pasar a ser cotitular del activo hereditario. En resumen, esta concepción mantiene que el titular del derecho legitimario se convertirá en cotitular de los bienes hereditarios, concretando su cuota en relación al activo, a una parte de los bienes, toda vez que antes se haya procedido a la liquidación de las deudas que pudieran existir, de tal forma que el legitimario no responderá personalmente de ellas.

La doctrina, mayoritariamente, defiende esta tesis basándose en que la misma se desprende directamente de la interpretación del art. 806 CC, que expresamente determina que la legítima es una porción de bienes, aunque no es el único precepto ya que TORRES GARCÍA²¹⁹ añade que también se materializa la denominación de “*pars bonorum*” en “el art. 815 CC que permite al testador elegir título para cumplir dicha obligación y que el art. 818 CC nos informa que al valor líquido de los bienes hereditarios

²¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: op. cit., pág. 507.

²¹⁸ PUIG BRUTAU, J.: op. cit., pág. 11.

²¹⁹ TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítima, legitimarios y libertad de testar >>, en *Derecho de sucesiones, presente y futuro*, Murcia, 2006, págs. 173 a 230.

se agregará el correspondiente al de las donaciones colacionables, así como que el art. 819 CC indica: “*que las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejora, se les imputa en su legítima*”.

B.- INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

La importancia de esta cuestión se basa fundamentalmente en el carácter imperativo de la propia institución legitimaria en tanto supone un límite insalvable a la decisión de disposición del testador, el cual se siente obligado a respetar las instrucciones coactivas que la Ley le dicte al efecto. Por consiguiente, la denominada intangibilidad de la legítima supone en última instancia que tanto el causante como los legitimarios no tendrán el poder de disposición sobre la misma, con las salvedades que posteriormente se analizarán adecuadamente²²⁰, y que, con respecto al legitimario, se puede adelantar que éste tiene la facultad de repudiar o renunciar a su legítima.

La intangibilidad se predica por ambos, causante y legitimarios, y a su vez presenta dos modalidades: la cuantitativa y la cualitativa. ROCA-SASTRE²²¹ procede a sintetizar las dos modalidades entendiendo que la intangibilidad cuantitativa insta al testador con el objetivo de que conceda bienes para el pago de la legítima – sentido positivo -, y por supuesto pretende evitar que se perjudique lo previsto por la ley con actos o disposiciones que puedan dañarlo – sentido negativo -.

Por otro lado, la intangibilidad cualitativa se expresa mediante: “*obliga al causante a atribuir la legítima en la expresión patrimonial querida por la ley y le prohíbe que la lesione mediante actos o disposiciones que impidan percibirla en tal forma, dentro de los límites y tolerancias establecidos por la propia ley*”.

De lo anterior puede deducirse que la intangibilidad despliega sus efectos en dos vertientes confrontadas, por lo que la legítima será intangible de forma positiva, en tanto compele al causante a realizar una determinada actuación, pero también será

²²⁰ STS 717/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1929/2015, de 21 de abril de 2015, en su F. J. 3º p.12, manifiesta: “*Llegados a este punto, y siguiendo con la interpretación sistemática que venimos realizando, se comprende mejor que el segundo plano de análisis tomado como referencia o perspectiva metodológica, esto es, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no puede valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto*”.

²²¹ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: op. cit., págs. 85 y ss.

intangible en sentido negativo, ya que le impide realizar ciertos actos que puedan lesionarla.

La Jurisprudencia²²² no ha resultado ajena a dicha cuestión, aseverando en diversas ocasiones que la legítima ha de ser respetada tanto cualitativa como cuantitativamente. Por lo tanto, no se trata de una mera imposibilidad, sino de una verdadera prohibición legal de disponer, consolidada en diversos preceptos del CC. Como indica, por ejemplo, el art. 1056, en el sentido que se respetarán las disposiciones particionales que el testador haya llevado a cabo *“por acto entre vivos o por última voluntad”*, siempre y cuando no se haya visto perjudicada *“la legítima de los herederos forzosos”*.

La intangibilidad cuantitativa se desprende del art. 813 CC, puesto que nos informa: *“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”*. En base a ello, el causante no podrá privar en su totalidad de su derecho al legitimario, pero tampoco podrá restarle parte del mismo. Si a pesar de ello, el causante cayese en la tentación de frustrar sus expectativas legitimarias, éste tendrá la opción de hacer valer cualquiera de las acciones que para el caso concreto han sido establecidas por el legislador.

Con relación a lo anterior, si como manifiesta ROCA-SASTRE²²³, el testador fallece sin cumplir íntegramente su deber con el legitimario, éste podrá entablar, si correspondiese al caso, una acción por preterición o por desheredación injusta. En otro caso, si el causante falleciese sin cumplir en parte su deber con el legitimario, existen una serie de mecanismos²²⁴ que se concretan, por una parte, en la denominada acción

²²² LA STS, 248/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1507, de 25 de abril de 2018, en su F. J. 2º p.3, manifiesta: *“... en el sentido de que es válida y no contraviene norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos, y que solo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima ...”*.

²²³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: op. cit., págs. 86 y ss.

²²⁴ STS 838/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5816/2014, de 10 de junio de 2014, en su F. J. 3º.3, manifiesta: *“En relación al primer motivo, debe señalarse que no procede la aplicación analógica dado que, técnicamente, no se está ante el supuesto reconducible al ámbito de la revocación y reducción de donaciones – 644 a 646 del Código Civil -, ni tampoco ante un supuesto de rescisión, ya por la vía específica de la lesión de la partición, o bien por el cauce general de lo rescindible de los contratos – artículos 1076 y 1299 del Código Civil, respectivamente -, sino ante el ejercicio de una acción de suplemento de la legítima cuyo plazo de prescripción es de treinta años, desde el día del fallecimiento del causante”*.

de suplemento, regulada en el art. 815 CC, y que tal y como señala DE COSSIO²²⁵ faculta al legitimario para exigir que le sean entregados bienes bastantes de la herencia para completar la cuota que la ley le atribuye para el caso de que se le hubiese dejado menos de la cuantía o cantidad que por legítima le corresponde.

Si por otro lado, el art. 806 CC prohíbe al testador disponer de la porción de bienes destinada al pago de la legítima y el art. 636 CC dispone que ninguno podrá *“dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento”*, y el art. 817 CC informa que todas aquellas disposiciones testamentarias que mengüen la legítima podrán reducirse por inoficiosas a petición de los herederos forzosos²²⁶, por lo que en este caso se podrán reducir tanto los legados como las donaciones para salvaguardar el pago correcto a los legitimarios²²⁷.

Con relación a lo anterior DE COSSIO²²⁸ aclara que, en el caso de las donaciones, el legitimario está conferido para exigir *“el reintegro de los bienes objeto de las mismas en la medida en que fuere necesario pagar su cuota legitimaria”*, mientras que, en el caso de los legados, estos podrán reducirse a prorrata o anularse, todo ello con el fin último de *“que su porción legitimaria pueda hacerse efectiva”*.

La intangibilidad cualitativa se establece en el segundo párrafo del art. 813 CC, en el sentido de que el testador no podrá imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie. Pero tal afirmación se ve matizada a continuación en dicho precepto, que señala que esta prohibición legal no es absoluta puesto que permite que sea posible establecer un usufructo sobre el tercio de legítima - que es posible dedicar como mejora a los hijos y descendientes - en favor del cónyuge viudo²²⁹, y por otra parte indica la posibilidad de poder realizar una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta siendo fiduciarios los hijos o

²²⁵ COSSIO Y CORRAL DE, A.: op. cit., págs. 579 y ss.

²²⁶ MANRESA NAVARRO, J. M.: op. cit., págs. 448 y ss.

²²⁷ STS 591/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4273/2016, de 5 de octubre de 2016, en su F. J. 3º.2 p.3, concluye: *“Por lo demás, como también precisa el citado voto particular, el referido devengo de intereses viene impuesto por la norma, de ahí que su reclamación deba entenderse implícita en la solicitud del heredero en orden al pago de la legítima que le corresponda, sin necesidad de una petición expresa y diferenciada en el petitum de la demanda”*.

²²⁸ COSSIO Y CORRAL DE, A.: op. cit., págs. 579 y ss.

²²⁹ O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, Madrid, 2007, págs. 222 y ss.

descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos, lo que justifica la existencia de la institución fideicomisaria²³⁰.

No obstante, la negativa legal, antes citada, de establecer un gravamen sobre la legítima, existe una tercera vía posible para aquellos supuestos en los que los propios legitimarios acepten voluntariamente tal establecimiento, como es el caso de la denominada “Cautela Sociniana”²³¹ – que en el párrafo siguiente se comenta –, entendida por el TS como aquella cláusula sociniana, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas: tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, además de los derechos que la ley concede al cónyuge viudo como legitimario.

Concretamente, a través de la denominada “Cautela Socini”, el legitimario puede recibir del causante más de lo que por legítima le correspondería, pero sometiéndola a gravamen, por lo que tendrá que optar el legitimario de manera voluntaria, entre hacer suya la totalidad de la legítima ampliada que le ofrece el causante, con la salvedad de que ésta se encuentra gravada, o en caso contrario, rechazar dicha propuesta y aceptar exclusivamente la legítima que le correspondiera, conforme al art. 820 CC.

Con relación a la admisibilidad de la “Cautela Socini”, RIVAS MARTÍNEZ²³² manifiesta: “no debe admitirse la Cautela Socini por imponer una condición ilícita – una coacción – al legitimario, al ponerle en el trance de escoger su legítima libre, pero estricta, o la mayor porción que el testador le atribuye, pero afectada por un gravamen, y por constituir la cautela un acto en fraude de ley, por intentar conseguir indirectamente lo que no es posible obtener directamente – art. 813.p2 -.

²³⁰ STS 289/2011, Sala de lo Civil ROJ: STS 2026, de 14 de abril de 2011, en su F. J. 1º p.5, dice: “No es así, la sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero del sustituido – hijo menor o incapaz – y no sólo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria”.

²³¹ STS 254/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3743/2014, de 3 de septiembre 2014, en su F. J. 2º.8, manifiesta: “Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini”.

²³² RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: op. cit., págs. 1438 y 1439.

Se ha dicho sobre ella, continua el autor, que la circunstancia de que sirva de medio o recurso para que el causante pueda eludir o sortear la norma de la intangibilidad cualitativa y legitimaria da la impresión de que la cautela constituye un expediente o artificio para burlar dicha norma respecto de la imposición de cargas, condiciones, sustituciones y limitaciones, de suerte que simplemente observado el supuesto parece incurrir en ilicitud por *fraus legis*". El TS, ha declarado la validez de la Cautela Socini²³³. Asimismo, a favor: "La doctrina mayoritaria española – VALLET DE GOYTISOLO, ROCA-SASTRE, PUIG BRUTAU, etc. – acepta la validez y admisibilidad en nuestro derecho de la Cautela Socini, rechazando los argumentos citados".

Por otra parte, con relación a la renuncia o transacción que se efectúe sobre la "legítima futura" entre el causante y sus herederos forzosos, con anterioridad a la apertura de la sucesión, es nula, conforme al CC²³⁴, ya que es indisponible tanto para el causante como para el legitimario.

Dentro del concepto de intangibilidad de la legítima, como falta de disponibilidad de la misma, relativa al propio causante, además, como se ha indicado, hay que tener presente que, en cuanto a la intangibilidad o falta de disponibilidad por los legitimarios, se concreta a los actos de éstos anteriores a la apertura de la sucesión - muerte del causante – lo cual es también expresión de la prohibición de los pactos sucesorios, que proclama con carácter general el art. 1271, párrafo 2º CC.

Expresión de la intangibilidad referida a los legitimarios es la interdicción de la renuncia o transacción sobre la legítima futura que prohíbe expresamente el art. 816 CC. En cuanto a la renuncia ésta es un negocio jurídico unilateral, por lo que al indicar este artículo: "*entre el que la debe y sus legitimarios*" se refiere sólo a la transacción.

²³³ STS 464/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2854/2018, de 19 de julio de 2018, en su F. J. 3º.2, manifiesta: "La validez de la denominada Cautela Socini en el marco de las disposiciones testamentarias ha sido declarada por la doctrina jurisprudencial de esta sala, particularmente en las SSTs 835/2013, de 17 de enero de 2014 y 254/2014, de 3 de septiembre". Con base a esta jurisprudencia, esta sala, en la sentencia 717/2014, de 21 de abril de 2015, ha declarado que: "lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la Cautela Socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la Cautela Socini".

²³⁴ Art. 816 CC.

V.- LA LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO DE SUCESIONES

A.- EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO DE SUCESIONES

La libertad de testar, en sus diversos sentidos²³⁵, ha sido un tema recurrente en el Derecho de sucesiones.

Como dicen TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO²³⁶: “Su carácter polémico, su derivación de la propia idea de libertad, igualmente recurrente, así como la conexión de aquella con alguna de las teorías filosóficas más influyentes en nuestra época sobre esta nos permiten, sin embargo, hacer aproximaciones novedosas que a su vez pueden aportar motivos para la reflexión”.

Destacamos en primer lugar la idea de traer a colación la dicotomía que existió en el pasado siglo, cuando se distinguía entre la libertad en su sentido negativo y la libertad en sentido positivo²³⁷. La primera trata de dar respuesta a la pregunta sobre “cuál es el ámbito en que el sujeto – una persona o un grupo de personas – se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas” incluidas entre estas últimas el Estado. Respecto de la segunda decir que es la que está implicada en la respuesta que contesta a la pregunta de “qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra”. Por su parte, N. BOBBIO identifica la libertad negativa con la libertad como “ausencia de impedimento” o como “ausencia de constricción” que es un predicado de

²³⁵ STS 18/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 56/2019, de 15 de enero de 2019, en su F. J. 3º p.9, dice: “Así, esta Sala ha admitido el reenvío a la ley española, a pesar de que el causante otorgó testamento conforme a la libertad de testar de su ley personal, en las sentencias 849/2002, de 23 de septiembre, y 490/2014, de 12 de enero de 2015 – ciudadanos británicos residentes en España, donde fallecen bajo testamento en el que nombran herederas a sus esposas; se estiman las demandas de los hijos y se reconoce su condición de legitimarios –”.

²³⁶ TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones*, Madrid, 2014, págs. 13 y 14.

²³⁷ BERLÍN, I.: “Dos conceptos de libertad”, conferencia pronunciada en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988, págs. 187 y ss.

la acción, mientras que la libertad positiva es la libertad como “autodeterminación o autonomía” que es un predicado de la voluntad²³⁸.

Con lo mencionado podemos decir que la libertad de testar en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio – incluido el llamado patrimonio moral – sin que otros – por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad - se interpongan en esa actividad. A esta situación le reservaremos el término “libertad de testar” en su sentido más estricto. El sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño²³⁹.

Aplicada a nuestro caso la libertad positiva de testar implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad; para distinguirla de la anterior se le suele llamar “libertad para testar”. No obstante, esta división bipartita, conviene tener presente que libertad para testar – sentido positivo - y libertad de testar – sentido negativo – están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger.

B.- LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LIBERTAD DE TESTAR

Como en cualquier sector del ordenamiento jurídico, la influencia de la Constitución Española – CE - en el Derecho de sucesiones ha sido y continúa siendo muy importante. Nuestra Carta Magna reconoce el derecho a la herencia en su art. 33 como parte no escindible del derecho a la propiedad privada recogido en el mismo precepto²⁴⁰.

²³⁸ BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad* – trad. Castellana de P. Aragón Rincón -, Paidós, UAB, Barcelona, 1993, págs. 97 y ss.

²³⁹ BERLIN, I.: op. cit., pág. 201, quien añade para aclarar la idea “quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas exteriores sean éstas del tipo que sean”.

²⁴⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: << La garantía institucional de la herencia >>, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, 1994, págs. 29 a 62, destaca la formulación conjunta y unitaria de la garantía de la propiedad privada y de la herencia en ambos párrafos del precepto constitucional en págs. 51 y 52. El autor señala: “Mediante la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo propiedad y herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada”.

Sin perjuicio de lo indicado, el ámbito de actuación del moderno Derecho sucesorio va más allá de las meras relaciones patrimoniales que derivan de la propiedad de los bienes para proyectarse también sobre aspectos que afectan a cuestiones de índole extrapatrimonial, como sucede con ciertos aspectos de los derechos de la personalidad. Las relaciones de filiación, en general, otras facetas ligadas al llamado patrimonio moral que no se conectan con la propiedad privada y que más bien parecen relacionadas con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad²⁴¹.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta la relación entre herencia y familia, institutos garantizados ambos por la CE, en sus arts. 33 y 39, cuya vinculación, evidente a lo largo de la historiografía jurídica²⁴², ha sido puesta claramente de manifiesto en el seno de un ordenamiento jurídico constitucional relativamente próximo al nuestro, como es el caso del alemán.

En relación con lo anterior, en concreto, en el BGH²⁴³, la resolución 1644/00, de 15 de abril de 2005, es una trascendental sentencia sobre la institución de la legítima y en la que, entre otras cosas, se afirma que la garantía constitucional del derecho a la herencia no sólo protege al testador, sino también a los herederos, resaltando asimismo su vinculación con el derecho de propiedad y con la protección de la familia²⁴⁴.

Por otra parte, ha de destacarse que la libertad de testar por causa de muerte tiene un fundamento propio que no coincide con el de la libertad de contratación, ya que en el caso de esta última la relación constitucional ha de buscarse principalmente en el art. 38 CE²⁴⁵, sin que podamos dejar de mencionar también su relación con los

²⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: << Autonomía privada y Derecho de sucesiones >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado. Derecho de la persona, familia y sucesiones.*, Madrid, 2012, págs. 523 y 528, añade que el Derecho autoriza también a los particulares a tomar decisiones que se ejecutarán tras su muerte sin relación directa - o sin ninguna relación - con la propiedad de bienes y que tienen su fundamento constitucional no en la “herencia” en el sentido del art. 133 CE, sino directamente en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

²⁴² TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítimas, legitimarios y libertad de testar >>, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, pág. 220.

²⁴³ Abreviatura de BUNDESGERICHTSHOF – Tribunal Federal de Justicia de Alemania -.

²⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones. Parte general. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosh, 1971, págs. 17 y 18.

²⁴⁵ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 301 y ss.

recurrentes principios o valores de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

Entre los límites a la libertad de testar nos resulta de interés destacar la dialéctica y mutua interferencia que puede darse entre la libertad de disponer por causa de muerte y el principio de igualdad, o si se prefiere el derecho a no sufrir discriminación. Al respecto, es oportuno señalar la manifestación de R. ALEXY²⁴⁶ que indica: por libertad e igualdad hay que entender en parte algo que está necesariamente vinculado, en parte algo que entra en colisión y en parte algo que simplemente es recíprocamente conciliable. Centrada la atención en la segunda de las circunstancias anteriormente citadas – las posibles situaciones de colisión – consideramos que, a pesar de los problemas derivados de los derechos fundamentales²⁴⁷, no creemos que estos puedan resolverse con los mismos criterios que los utilizados cuando la colisión se produce entre la libertad de contratación y el principio de igualdad.

C.- LA LIBERTAD DEL DISPONENTE EN EL TESTAMENTO

Aunque el Derecho de sucesiones tradicional y sus figuras más representativas hayan dejado de tener el monopolio en la transmisión intergeneracional de la riqueza, no se puede negar la centralidad que sigue teniendo el testamento en el cumplimiento de esa función²⁴⁸.

Es normal afirmar que el testamento, instrumento central del Derecho de sucesiones según DÍEZ-PICAZO²⁴⁹, es la manifestación más evidente de la libertad individual. En uso de su libertad positiva, la persona puede testar, o no, según nos informa el CC²⁵⁰ y, cuando proceda, hacerlo con muy diverso contenido. En su sentido más técnico y propio, el testamento se identifica con la declaración de voluntad mediante la cual el testador dispone y ordena libremente para después de su muerte;

²⁴⁶ ALESY, R.: *Teoría de Derechos fundamentales*, traducción y estudios introductorios de C. Bernal Pulido, 2ª edición, Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, págs. 368 y 369.

²⁴⁷ LÓPEZ AGUILAR, J. F.: << Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, T. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, págs. 1 y 48.

²⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: op. cit., pág. 37.

²⁴⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: op. cit., pág. 242.

²⁵⁰ Arts. 658 y 912 CC.

no obstante, en un sentido traslaticio y en cierta medida derivado, los textos legales denominan testamento al documento que contiene aquella declaración²⁵¹.

Con el fin de proteger la voluntad del testador conviene tener presente que en nuestro Derecho la garantía *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida, por lo que debe aquella ser conectada y completada con la solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador, e interesados en su decisión, pudieran influir de modo pernicioso en su voluntad²⁵².

Desde un punto de vista del contenido del testamento, nos resulta relevante que mientras en algunos sistemas, como sucede en la normativa civil catalana o balear – con excepción de Ibiza –, es imprescindible que el testamento contenga la institución de heredero; en el CC es perfectamente posible un testamento que distribuya todo el caudal de bienes a través de legados²⁵³, supuesto en el que además no resulta necesaria la apertura de la sucesión intestada²⁵⁴.

Adecuado, de lo que de acuerdo con la estadística se considera normal o bien de lo que éticamente nos parece correcto. Con relación a esta cuestión, conviene tener presente que si se consolida la tendencia a flexibilizar o incluso a suprimir las legítimas u otra clase de frenos impuestos legalmente a la libertad del testador, el problema que acabamos de exponer, posiblemente, se va a suscitar de manera más cruda, pues a mayor libertad por parte del testador, mayores posibilidades de creatividad, de que se aleje de lo esperado o lo deseado por sus allegados, es decir, el testador gozará de mayor campo de soluciones para tomar sus decisiones, o del modelo propuesto por las reglas

²⁵¹ OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, reedición presentada por J. M. Ossorio Serrano, Granada, Comares, 2001, pág. 21.

²⁵² Arts. 752 a 755 CC.

²⁵³ RDGRN, Sección Tercera, de 14 de junio de 2019, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2019, en su F. J. 2º p.3, dice: “Lo anterior ha de ponerse en relación con el hecho de que la escritura pública de entrega de legado objeto del presente expediente se dicta en cumplimiento tanto de sentencia firme como de auto por el que acuerda tener por emitida la declaración de voluntad de los obligados a la entrega del legado, hallándose, además, ambos documentos judiciales insertos en la propia escritura de entrega de legado”.

²⁵⁴ GARCÍA RUBIO, M. P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989.

de la sucesión intestada²⁵⁵. Para decidir en la actualidad si el testador puede, en ejercicio de su capacidad para disponer mortis causa, establecer disposiciones extrañas, injustas, caprichosas o incluso absurdas, pueden considerarse dos tipos de límites:

Aquellos que están en los principios generales del sistema, incluso con el rango de derechos fundamentales – por ejemplo, igualdad, no discriminación, dignidad humana, etc. – y aquellos que están en las reglas legalmente establecidas. A nuestro entender, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria han de buscarse prioritariamente en las reglas, y sólo cuando estas no existan o en casos muy excepcionales en los principios, supuesto este último que nos encontraríamos con los conflictos entre derechos fundamentales. En la mayoría de las situaciones esas limitaciones han de provenir de las normas estrictamente sucesorias y no, por ejemplo, del CC²⁵⁶.

D.- AUSENCIA DE INTERFERENCIAS AJENAS EN LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Cuando se hace referencia a la libertad de testar en sentido negativo, esto es, con ausencia de interferencias de terceros y en particular del legislador en la voluntad del disponente mortis causa, surge de forma rápida el tema de las legítimas. Es conveniente, no obstante, tener en cuenta que existen otros límites que afectan a aquella libertad negativa, y que aparecen en cualquier sistema hereditario como reglas imperativas que no pueden ser cambiadas por la voluntad del testador en su concreta sucesión.

Con referencia ahora sólo al CC, las mencionadas reglas son las relativas a las reservas de los arts. 811²⁵⁷ y 968 y ss. CC, la reserva legal del art. 812 CC²⁵⁸, las vinculaciones temporales previstas, por ejemplo, en los arts. 781 y 785 CC o las prohibiciones de disponer testamentarias, a las que aluden, además del propio art. 785 CC, en su número segundo, el art. 26.3 de la Ley Hipotecaria – LH -, de 14 de abril de

²⁵⁵ PARRA LUCÁN, M. A.: << Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio >>, en *ADFDC*, 2009, pág. 487.

²⁵⁶ Art. 1255 CC.

²⁵⁷ PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Jaén, Universidad de Jaén, 2005, págs. 59 y ss.

²⁵⁸ ROMÁN GARCÍA, A.: *El Derecho de reversión legal – análisis del art. 812 del Código civil -*, Madrid, 1984, págs. 129 y ss.

1959, ambos en la línea de prohibición de las vinculaciones perpetuas propias de los Derechos modernos. Por su parte, CAÑIZARES LASO²⁵⁹, califica al CC de parco en la materia.

Sobre las vinculaciones temporales previstas, antes citadas, no cabe desconocer el fundamento en la libertad para testar del causante que pueden tener algunas sustituciones fideicomisarias, como por ejemplo, el denominado fideicomiso de residuo con el que el testador frecuentemente trata de alcanzar una doble finalidad, la protección de su cónyuge viudo para que pueda subsistir dignamente mientras viva, y evitar que a su fallecimiento los bienes hereditarios puedan transmitirse a personas distintas de las que el testador desea, como señala recientemente, con cita de abundante jurisprudencia, NIETO ALONSO²⁶⁰. Asimismo, con posterioridad, se manifiesta el TS mediante la resolución: STS 624/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 9156/2012, de 30 de octubre de 2012²⁶¹.

VI.- LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR

En su tratado de las legítimas VALLET DE GOYTISOLO²⁶², comienza de la siguiente manera: “Todo el Derecho, arte de lo justo, se mueve entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente.

En Derecho sucesorio, dicha pugna es especialmente simple: de una parte, la voluntad del testador es la ley de la sucesión; de otra, hay ciertas instituciones ante las cuales esta voluntad se estrella: las legítimas, las reservas, la ineficacia de las condiciones imposibles, inmorales o ilícitas, y otras instituciones de las cuales aquélla no

²⁵⁹ CAÑIZARES LASO, A.: << Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias >>, en ADC, 1991, pág. 1473.

²⁶⁰ NIETO ALONSO, A.: *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Madrid, La Ley, 2014, págs. 30 y ss.

²⁶¹ En su F. J. 2º p.4, manifiesta: “Que el objeto del fideicomiso se determinó en un sentido amplio, esto es, que el esposo de la testadora pudiera utilizarlo para tener todas sus necesidades cubiertas, no sólo en caso de necesidad”.

²⁶² VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Limitaciones>>, op. cit., pág. 3.

puede salirse si quiere tener cauce adecuado para las formalidades testamentarias”. En el momento actual y desde hace ya algún tiempo uno de los debates, dentro de los considerados importantes en el marco del Derecho de sucesiones, se encuentra en el reconocimiento de una mayor libertad de testar, consecuencia de la reforma del sistema de las legítimas, tanto desde el punto de vista de su cuantía como desde el punto de vista de los sujetos legitimarios, entre otros aspectos.

La legítima es posible analizarla desde la perspectiva de la limitación a la facultad de disponer²⁶³ o desde la perspectiva del derecho que determinados parientes tienen a percibir una determinada porción de la herencia de su causante²⁶⁴. Desde la perspectiva de la libertad de disponer del causante no se puede ver más que desde el punto de vista de una limitación a la facultad de disponer que, además, como es conocido, no se trata sólo de un límite a la facultad de disponer mortis causa sino inter vivos también. Como límite a la libertad de disponer sobre los propios bienes no sólo mortis causa sino también inter vivos, limita la libertad de testar y la libertad de donar, aunque la medida resulte inoficiosa.

Como manifiesta CAÑIZARES LASO²⁶⁵: “No existe independencia ni separación entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de familia sino todo lo contrario muchas de sus instituciones muestran una especial unidad y esto sucede cuando se plantea la cuestión objeto de estas líneas. El dilema que se plantea entre la autonomía de la voluntad representada por el ejercicio de la libertad para testar y las legítimas que representan el derecho imperativo en beneficio de determinados herederos va a estar marcado precisamente por la solidaridad familiar. En esta materia se muestra especialmente la conexión entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de familia precisamente porque la solución para el Derecho de sucesiones va a venir predeterminada desde el Derecho de familia”. Existe una clara relación entre Derecho

²⁶³ TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: << La legítima en el Código civil >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, Tomo II, director: GETE-ALONSO Y CALERA, coordinador: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010, págs. 1845 a 1850.

²⁶⁴ A partir del Código civil de Cataluña, los autores consideran la legítima como un derecho a favor del legitimario más que como un límite a la libertad de testar, al no regularse ya en sede testamentaria.

²⁶⁵ CAÑIZARES LASO, A.: << Legítimas y libertad de testar >>, en *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. TORRES GARCÍA*, directores: A. DOMÍNGUEZ LUEIMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinadora: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014, pág. 249.

de familia y Derecho de sucesiones. De las mismas personas que forman una familia y por tanto ostentan el Derecho de familia, puede nacer el Derecho a suceder.

Ha vuelto a adquirir fuerza la controversia que ya existía entre la posibilidad de reformar el sistema de las legítimas e incluso poder llegar a suprimir la institución frente a la libertad de disponer del testador, libertad incluso sin ninguna limitación. En distintos periodos de nuestra Historia se ha planteado el debate sobre la decisión más adecuada, si la libertad de testar debía o no ceder a los derechos sobre la herencia a favor de determinados parientes. No se ha podido deducir el triunfo de uno u otro sistema. En definitiva, que la libertad de testar no se ha podido ni se puede plantear en términos de la evolución de un sistema.

La libertad de testar, como sabemos, regía en el Derecho romano, por tanto, si algún sistema es antiguo es precisamente el de la más absoluta libertad de testar. El sistema legitimario aparece más tardío debido a diversas influencias. En Derecho romano de la época republicana, existía la libertad de testar, el testador poseía la facultad de disponer libremente de sus bienes favoreciendo a parientes o extraños. Es posteriormente cuando aparece el único límite a la libertad de testar que fue claramente de carácter formal, el paterfamilias debía referirse a los *sui heredes* bien para instituirlos herederos o bien para desheredarlos, y si no lo hacía existía preterición²⁶⁶, cuyo efecto era la nulidad del testamento y la apertura de la sucesión intestada.

Comienza a entenderse, a partir del siglo II, d.C., que el testador en presencia de sui, se encontraba sometido a límites sustanciales para disponer de sus bienes. Se consideraba injusto que los *sui* u otros parientes próximos quedasen fuera de la sucesión y basándose en el argumento del *officium pietatis* el testador estaba obligado moralmente a dejarles una parte de sus bienes, la porción legítima²⁶⁷. Y posteriormente ya la cuota legitimaria que, en un principio quedaba al arbitrio del Tribunal de los centunviros, se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recibiría si sucediese

²⁶⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << La preterición >>, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Madrid, Civitas - Thomson, 2002, págs. 5339 a 5390.

²⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 421 y ss. Señala que "Un testamento que no favorece en nada o sólo en parte muy pequeña a los parientes más próximo al testador, como contrario al *officium pietatis*, es impugnabile. Pero no hallándose en las normas romanas ninguna en que cupiera apoyar tal impugnación, los retóricos que informaban ante este Tribunal presentaban al testamento como obra de un demente".

abintestato. Más tarde, en época de Justiniano, se introduce una alteración en función del número de hijos, de tal suerte, que dicha porción quedó fijada en un tercio si el número de hijos era de cuatro o menos y de la mitad si este número era superior a cuatro.

La libertad de testar, originaria del Derecho romano, aparecía como opuesta a lo indicado en los denominados derechos germánicos en los que se partía de una situación de comunidad familiar en la que los bienes no eran propiedad del cabeza de familia, sino en cierto modo de todos los componentes de la misma, de manera que cuando éste fallecía los bienes continuaban perteneciendo a la comunidad, lo que justifica según LACRUZ²⁶⁸, que posteriormente cuando las familias se dividían y los hijos viven con independencia, sin tener ninguna relación, a pesar de ello, los bienes eran repartidos entre los descendientes, sin que el ascendiente, dueño de ellos, pudiese establecer distintos herederos.

La elección del sistema de legítimas, como indica CAÑIZARES LASO²⁶⁹, supuso la distribución de la riqueza, la igualdad entre los hijos y la oposición a la vinculación de los bienes en poder de uno sólo de los herederos. Por tanto, dicho sistema de legítimas es totalmente contrario a la propiedad vinculada y por consiguiente resulta coherente con la línea seguida en el periodo codificador.

Después de la publicación del CC, el debate que existía entre la mayor o menor libertad de testar y la mayor o menor amplitud de los derechos de determinados parientes a la herencia de su causante desaparece. Con posterioridad, como es conocido, conviven en España varios sistemas diferentes, siendo el sistema legitimario español de los más variados ya que confluye el sistema del CC, caracterizado por ser un sistema rígido, con los distintos derechos civiles españoles²⁷⁰ que recogen distintas soluciones, entre otras, la más libre de la legislación navarra, pasando por Las Islas Baleares, Galicia, Cataluña, Aragón y la más reciente reformada del País Vasco.

²⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: op. cit., pág. 4222.

²⁶⁹ CAÑIZARES LASO, A.: op. cit., pág. 253

²⁷⁰ VV.AA.: *Tratado de legítimas*, director: J. EGEA FERNÁNDEZ, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

A.- LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGÍTIMA

En nuestros días, según manifiesta CAÑIZARES LASO²⁷¹ se viene planteando la protección constitucional de la legítima. En nuestra Carta Magna no hallamos nada convincente acerca de la constitucionalidad de la legítima, por lo que nos parece conveniente llevar a cabo un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005 y que, como es conocido, declaró protegida constitucionalmente la legítima²⁷².

El núcleo de dicha sentencia fue la protección constitucional de la legítima de los descendientes. Se les garantiza una participación tangible en la herencia con independencia de sus necesidades, aunque sin cuantificar la cuota legitimaria, y esta protección se basa en la garantía del derecho a la herencia del art. 14 en conexión con el art. 6.1 de la ley fundamental²⁷³.

Por su parte, ha llegado a plantear la garantía institucional de la herencia LÓPEZ LÓPEZ²⁷⁴, afirmando que la libertad de testar, entendida como la facultad de decidir sobre el propio patrimonio tiene su fundamento en la CE, su art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia y ésta no es, entonces, más que una manifestación del carácter ilimitado de la mencionada propiedad, pero la cuestión que se plantea es que, al mismo tiempo, la garantía de la herencia debe conectarse con la garantía de la familia. El citado autor, basándose en que el Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar, resume que, a su juicio, la vinculación familiar del patrimonio histórico incluye, entre otras cuestiones, la necesidad de que determinados

²⁷¹ CAÑIZARES LASO, A.: op. cit., pág. 261.

²⁷² Entre otros, ROCA i TRIAS, E.: *Libertad y familia*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 193; VAQUER ALOY, A.: << Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima >>, *Indret*, Barcelona, 2007, págs. 12 y ss.

²⁷³ En particular, considera el Tribunal que no hay mandato constitucional por el que el causante esté obligado a conceder un trato igualitario a sus descendientes. Que la misma garantía, protección y cargo constitucional del art. 14 merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Asimismo, afirma que es un elemento nuclear tradicional del Derecho de sucesiones alemán, igual que la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario. También señala que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que lo mismo sucede en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de las relaciones entre padres e hijos – art. 6.1 de la Constitución Alemana –.

²⁷⁴ LÓPEZ LÓPEZ, A.: << La garantía institucional de la herencia >>, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, Madrid, 1994, - págs. 29 a 62 –, págs. 52 y ss. -.

parientes, en el supuesto de que existan, reciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar.

Admite, sin embargo, que más lejos de esta afirmación general, que afecta a la garantía institucional de la herencia en la vertiente de vinculación a la familia, aparecen importantes incertidumbres en el texto Constitucional, como podemos citar, cuál sea el conjunto de personas que deben percibir los bienes o en qué cuantía.

Todo parece indicar que, en la actualidad, no existe unanimidad en reconocer carácter constitucional a la legítima, lo que nos llevaría al hecho de que no sería inconstitucional una legislación que la suprimiese. Sin embargo, debido a una cierta influencia de la doctrina alemana a partir de la sentencia, antes citada, de su Tribunal Constitucional, debido a que los arts. 14 y 6.1 de la Ley fundamental alemana se corresponden con los arts. 33 y 39 de nuestra Carta Magna se plantean las dudas por parte de algún autor²⁷⁵. No obstante, en general parece muy discutible que la CE impidiera suprimir la legítima, en el supuesto de referirnos a una legítima material y de los descendientes.

Por otra parte, si fuera inconstitucional suprimir la legítima material de los descendientes el Fuero Nuevo de Navarra sería inconstitucional²⁷⁶. Si consultamos su legislación, observamos que en Navarra aparece una amplia protección del cónyuge mediante el usufructo de fidelidad, en el caso de posterior matrimonio se protege a los hijos existentes del anterior; se protege también frente a los errores e imprevisiones del testador. Lo que sí establece el art. 39 CE es la exigencia de protección a la familia. Puede entenderse, a nuestro juicio, a partir de que la regulación navarra de la legítima no es inconstitucional, que tampoco lo sería una supresión de la legítima en el Derecho común si se mantuvieran determinadas garantías de carácter formal a favor de los hijos y, como mínimo, un derecho de alimentos con cargo a la herencia.

²⁷⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: << El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte >>, en *La Ley*, núm. 7675 de 21/03/2014, señala que los argumentos principales de la sentencia alemana carecen de fuerza en nuestro ordenamiento y que ni la protección a la familia tiene el mismo rango y fuerza constitucionales, ni nuestras tradiciones jurídicas son las mismas.

²⁷⁶ MOREU BALLONGA, J. L.: << Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal >>, en *ADC*, 1997, pág. 100.

De acuerdo con la opinión defendida por PARRA LUCÁN²⁷⁷, a la que nos adherimos, no se deduce de la CE la exigencia de un sistema de legítimas, otra cuestión es que deben tenerse presentes sus arts. 33 y 39 en el sentido de que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer con la necesaria protección de la familia, y una de las formas de alcanzarlo es el sistema de las legítimas, aunque este equilibrio no tenga por qué conseguirse a través de un sistema de cuotas inamovibles.

B.- PROCESO DE REVISIÓN DE LA LEGÍTIMA

La revisión de la legítima constituye, a nuestro juicio, una de las cuestiones clave que afecta a la puesta al día del Derecho de sucesiones²⁷⁸. La antigua disputa entre libertad de testar y atribución forzosa de una parte o valor del patrimonio hereditario del causante a determinadas personas cercanas al mismo no sólo se ha vuelto a tomar en consideración en los últimos tiempos, con mayor o menor fuerza dependiendo del ámbito²⁷⁹, sino que, además, ha ido produciéndose una serie de reformas legislativas cuyo común denominador viene marcado por una tendencia inequívoca hacia la flexibilización, por varias vías, de la institución legitimaria.

En el sentido indicado, se tiende a reducir los sujetos legitimarios y el *quantum* de la legítima, a permitir maneras de pago en metálico que faciliten al causante mayor libertad de disposición sobre sus bienes e, incluso a introducir causas de desheredación que sean más acordes con la realidad de nuestros días. No obstante, en nuestro país da la impresión de que dicha tendencia hacia la flexibilización de la legítima se está produciendo de manera más rápida en el ámbito autonómico que con relación al CC.

Como relevante ejemplo de lo anterior, la reforma del sistema legitimario gallego operada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia – LDCG -,

²⁷⁷ PARRA LUCÁN, M. A.: op. cit., pág. 501.

²⁷⁸ STS 104/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 502/2019, de 19 de febrero de 2019, en su F. J. 3º.4, manifiesta: *“Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos”*.

²⁷⁹ En el ámbito notarial, a favor de la libertad de testar, CALATAYUD SERRA, A.: << Consideraciones acerca de la libertad de testar >>, en *RASN*, 1996, págs. 245 y ss.; MAGARIÑOS BLANCO, V.: << La libertad de testar >>, en *RDP*, 2005, págs. 20 y ss.

En el ámbito académico, la posición aparece como mucho más moderada de TORRES GARCÍA, T. F.: op. cit., págs. 214 y ss.

que, partiendo de la existencia de una legítima bastante amplia y rígida, suprimió la de los ascendientes, la configuró como una simple *pars valoris* o derecho de crédito pagadero en metálico, llevó a efecto una importante reducción cuantitativa de la de los descendientes y del cónyuge y suprimió la mejora²⁸⁰.

C.- ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA LEGÍTIMA

La legítima está en crisis. Son legión quienes proponen su supresión en favor de la ansiada libertad de testar. Entretanto, muchos testadores querrían apartar plenamente a todos, algunos o alguno de sus descendientes, ascendientes o cónyuge – herederos forzosos – de su sucesión, pero los Notarios no podemos secundarles de no darse algunas de las gravísimas ofensas que son justas causas para desheredación²⁸¹.

A partir de lo expuesto, es posible defender una mayor libertad de testar a base de una disminución e incluso de una supresión del sistema legitimario. Existen cada vez más opiniones favorables a la mayor libertad de testar y, por consiguiente, a favor de la reforma del sistema legitimario, incluso defendiendo la supresión de las legítimas. Parece ser que es el sector de los despachos notariales, desde donde se defiende más radicalmente, la más amplia libertad de testar²⁸².

Justificado por el cambio de la realidad social MAGARIÑOS BLANCO²⁸³ manifiesta que, a su juicio, exige la reforma del sistema de la legítima a favor de la libertad de testar. Se basa esencialmente en los cambios que se han producido en la actualidad en la estructura familiar y en sus relaciones afectivas y económicas; en que

²⁸⁰ VV.AA.: << Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia >>, en *Tratado de legítimas*, págs. 203 y ss.

²⁸¹ <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-4/3183-/>. (consultado 04/09/2019)

²⁸² ROCA i TRIAS, E.: op. cit., págs. 194 y ss. De forma más matizada DELGADO ECHEVERRÍA, J.: << Una propuesta de política legislativa en Derecho de sucesiones por causa de muerte. Segunda parte: objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones. Presente y futuro >>, en *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pág. 128. Manifiesta ser más de su gusto la libertad de testar, pero concluye: “que es más fácilmente asumible una reforma de las legítimas que no cuestione el sistema, pero evite las disfunciones más graves, eliminando la de los ascendientes, reduciendo la de los hijos y configurándola como un derecho a un valor, no a unos bienes, que pueda satisfacerse por cualquier título”.

²⁸³ MAGARIÑOS BLANCO, V.: << La libertad de testar >>, en *RDP*, septiembre – octubre 2005, págs. 3 y ss. Son de una opinión semejante CALATAYUD SIERRA, A.: << Consideraciones acerca de la libertad de testar >>, en *Academia Sevillana del Notariado IX*, 1995, págs. 241 y ss., BERMEJO PUMAR, M. M.: << La legítima. Función y estructura >>, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. y GARRIDO MELERO, M.: *Instituciones de Derecho privado*, V. 3, Cizur Menor, Civitas, 2005, págs. 21 y ss.

el valor y significado del patrimonio en relación con la familia ha variado sustancialmente, siendo una consecuencia de ello, el hecho de que hoy día la casa no sea un elemento físico referencial; o en que ante esta ausencia de vínculos socio familiares en relación con el patrimonio, ya no se puede basar la legítima en la conveniencia de que los bienes continúen en la familia.

Desde el punto de vista de la relación personal y afectiva entre padres e hijos, entiende, este autor, que el cambio ha sido muy profundo y que frente al acercamiento que caracterizaba la familia antigua, hoy predomina el distanciamiento físico y afectivo, que finaliza en soledad y abandono de los padres en muchos casos; especialmente cuando éstos se hacen mayores y se transforman en una carga, que los hijos ocupados con sus múltiples tareas que les exige la forma de vida actual, no están dispuestos a asumir. En base a esas razones, concluye el autor, que ante esta realidad no tiene sentido continuar limitando la libertad de testar impidiendo que el propietario no pueda disponer libremente a favor de las personas que, a su juicio, le han atendido y querido, se merecen un mejor trato.

Esta doctrina, favorable a la eliminación de las legítimas, apuesta también por un derecho de alimentos por vía legal sucesoria que las sustituyese y que a su vez derivaría del art. 39 CE en función de la protección familiar establecida en dicho precepto²⁸⁴. Sin embargo, la legítima no se apoya en una función de garantía de la subsistencia de los parientes sino en un principio de solidaridad familiar que no es lo mismo que un derecho de alimentos; otra cuestión distinta sería que un posible derecho de alimentos, tras mortis causa, respondiera a dicho principio de solidaridad.

En contra de lo anterior, han aparecido voces, a nuestro juicio con posible mayor razón, puesto que un pretendido derecho de alimentos de los parientes necesitados tras la muerte del causante, no tiene por qué depender de una reforma o supresión del sistema de legítimas, que tiene su base en consideraciones bien distintas. Por ello,

²⁸⁴ MAGARIÑOS BLANCO, V.: op. cit., págs. 27 y 28. En la misma línea y coincidiendo con esta opinión, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: op. cit., págs. 124 y ss., se manifiesta a favor de sustituir las legítimas actuales por alguna limitación a la libertad de testar a favor de aquellos parientes o allegados que se hayan visto perjudicados en la satisfacción de sus necesidades vitales como consecuencia del fallecimiento del causante.

TORRES GARCÍA²⁸⁵ no considera que los alimentos sean la solución apropiada en un sistema que con la implantación de la libertad de testar se intentara compensar los derechos de los descendientes porque eso supondría que si éstos no tuvieran necesidades económicas la obligación de prestar alimentos no tendría lugar. Y en el mismo sentido manifiesta la autora que el carácter eventual y temporal que tienen los alimentos es totalmente distinto al carácter permanente de la legítima

Asimismo, existen otras razones para la eliminación del sistema legitimario en defensa de la libertad de disponer del causante y debido a la rigidez que este sistema impone limitando no sólo la libertad de disponer mortis causa sino inter vivos en alguna medida. La limitación a la libertad de disponer no procede sólo de los derechos legitimarios de determinados parientes sino también por la forma en la que se puede disponer tanto mortis causa como inter vivos y tras la muerte, como es conocido, el CC establece que sólo se puede disponer por medio de testamento y no así por contrato sucesorio o donación mortis causa.

En ese sentido ROCA i TRIAS, que es partidaria de la libertad de testar y la supresión de las legítimas se apoya, entre otros argumentos, en el entorpecimiento que puede suponer el sistema de legítimas para la determinación de decisiones económicas racionales para evitar que los padres tengan que llegar a depender de sus hijos.

D.- ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGÍTIMA

Para la solución al problema, antes planteado, no parece que sea necesario una reforma o supresión del sistema de legítimas. Como dice ESPEJO LERDO DE TEJADA²⁸⁶, el régimen de legítimas sucesorias resulta mucho más flexible de lo que a veces se

²⁸⁵ TORRES GARCÍA, T. F.: op. cit., pág. 224. Siguiendo a esta autora VAQUER ALOY, A.: op. cit., pág. 15, señala que esta idea supondría hacer depender el derecho a la legítima de la situación de necesidad en que se hallara el beneficiario. Añade además problemas como la fijación del momento en que se debiera apreciar la situación de necesidad o el choque excesivo con la tradición jurídica española; así como su complejidad. La crítica a esta sustitución de las legítimas por un derecho de alimentos la realiza PARRA LUCÁN, M. A.: op. cit., págs. 504 y 505: quienes defienden este derecho de alimentos para los descendientes necesitados como alternativa a su derecho a la subsistencia no son totalmente coherentes con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento de su consorte.

²⁸⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: << Contrato de vitalicio o alimentos y normas sucesorias imperativas en>>, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, 2011, pág. 967.

comenta. Manifiesta que dicha flexibilidad es suficiente en la mayoría de los casos para resolver algunas cuestiones por las que se ha llevado a defender la reforma del sistema legitimario.

Se refiere, el autor, al llamado contrato de vitalicio o alimentos, y sostiene la importante posición de que podría llegarse al disponer de todo el patrimonio sin cometer infracción en el sistema de legítimas²⁸⁷, con lo que, a nuestro entender, hay que estar de acuerdo, ya que los contratos inter vivos de carácter oneroso, como sucede en este caso, no resultan afectados por el régimen legitimario, distinto será, como indica el autor citado, la adecuada valoración de la reciprocidad de intereses para calificar el mencionado contrato de oneroso o gratuito.

Aunque se considere cierto lo que se suele decir respecto de los cambios actuales en la evolución de las estructuras familiares, hay que tener presente que, en los momentos actuales y a pesar de dichos cambios, el fundamento de la legítima continúa explicándose desde los argumentos de los principios de solidaridad familiar y de la correspondiente protección de la familia²⁸⁸.

El patrimonio de padres e hijos se mantiene, aunque no suceda así en todos los casos, gracias a la ayuda mutua y recíproca, sin que deje de ser cierto que los vínculos familiares tradicionales han evolucionado y nada se parecen a los que eran en el momento de la codificación. De igual forma puede decirse que el principio de la protección de la familia aún justifica en el momento actual los límites de la libertad de testar²⁸⁹.

²⁸⁷ STS 607/2007, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5013/2007, de 15 de junio de 2007, en su F. J. 3º p.10, manifiesta: *“Las prestaciones y contraprestaciones las determinan las partes en virtud de su autonomía para contratar, lo mismo que entre los presupuestos para hacerlo pueden valorar las cosas objeto de contrato conforme a su criterio, no están obligados a atenerse a ningún precio objeto de aquéllas en una economía liberal. Pero los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que aquel negocio se hizo para defraudarlas, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario”*.

²⁸⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Legítima material y legítima formal >>, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, 2009, pág. 500.

²⁸⁹ ARROYO i AMAYUELAS, E.: << La reforma del Derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania >>, en *Indret 1/2010*, pág. 6, comentando los fundamentos de la reiterada sentencia del Tribunal Constitucional Alemán: *“El causante no puede privar de la legítima a sus descendientes por el mero hecho de no tener trato familiar con ellos. En ese caso basta la posibilidad de no instituirles herederos. El derecho a la legítima evita que hijos no matrimoniales, o que han sido fruto de anteriores matrimonios del*

A pesar de lo expuesto, consideramos de interés referirnos a la opinión de CAÑIZARES LASO²⁹⁰, a la que nos sumamos. “A mi juicio, aun entendiendo que una supresión de la legítima material no sería inconstitucional, me parece que en la actualidad y en la línea marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional alemán se define esencialmente el fundamento de la legítima, un fundamento que aun hoy debe respetarse. En esa línea creo que la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y que aún se deja sentir entre nosotros. Su fundamento continúa siendo la solidaridad familiar entre generaciones en el seno de la familia”.

Otra cosa distinta de lo anterior, es el supuesto de que la legítima deba entenderse como una especie de derecho de alimentos mortis causa, y continúa dicho autor: “no creo que esto sea así, ya que, en la misma línea mantenida por la referida sentencia, los hijos tienen derecho a una participación mínima en la herencia de los padres, como manifestación del principio de solidaridad intergeneracional, con independencia de que se encuentren o no en una situación de necesidad”²⁹¹. Como se ha comentado, aunque se alzan peticiones a favor de la más amplia libertad de testar incluso hasta llegar a la supresión total del sistema de legítimas, por el contrario, en los países en los que rige una libertad de testar se procede a la puesta en práctica de ciertos frenos que limiten dicha libertad.

Como se ha podido comprobar, indica CAÑIZARES LASO²⁹²: “entiendo que el sistema debe mantenerse. No obstante, respondiendo la legítima a la idea de la protección de la cohesión de la familia y a un principio de solidaridad familiar intergeneracional deben producirse algunos cambios que exige la realidad social actual. Creo, en la línea marcada por una mayoría de la doctrina que algunas ideas deben ser tenidas en cuenta:

Entre otras, la supresión de la legítima de los ascendientes cuando concurren con el cónyuge viudo; la disminución de la legítima de los descendientes en una tendencia que conduce a su aumento en favor del del cónyuge en especial respecto de

causante, queden excluidos de una participación material en su herencia por el simple hecho de haber desaparecido o haberse relajado las relaciones entre padres e hijos”.

²⁹⁰ CAÑIZARES LASO, A.: op. cit., pág. 267.

²⁹¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Legítima.....>>, op. cit., pág. 499.

²⁹² CAÑIZARES LASO, A.: op. cit., pág. 268.

la vivienda familiar; la sustitución de la legítima *in natura* por un derecho de crédito; la flexibilidad de la desheredación; una mayor protección de las donaciones frente a las pretensiones de los legitimarios y una limitación temporal de su computación para el cálculo de la legítima, entre otras. En definitiva, se debe apostar por una más amplia libertad de testar y de disponer mortis causa, pero las propuestas que en general se hacen deben tenerse en consideración porque no alteran de una manera frontal y excesiva los vínculos de solidaridad familiar que en la actualidad existen y responden a las necesidades de la sociedad actual”.

De acuerdo con lo expuesto, se observa que el debate queda abierto, y lo que sí es fácil deducir es que, aunque desde posturas opuestas, si resulta bastante unánime la idea de que se debe proceder a una reforma del Derecho de sucesiones. Una reforma en la que se debe tener en cuenta las opiniones y el sentir social desde la sociedad y no sólo la opinión de los juristas. Como manifiesta su opinión, a la que nos adherimos, MIQUEL GONZÁLEZ: “El debate sobre la legítima merece una amplia difusión social, que no se limite a los expertos en Derecho y que no difunda sólo el punto de vista de los ciudadanos en el momento de testar. Es explicable que a algunos testadores las legítimas les molesten, porque son limitaciones a su libertad de disponer, pero no son sólo los obligados los que deben opinar”²⁹³.

E.-TENDENCIAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LAS LEGÍTIMAS

En los últimos años se viene planteando el debate científico entre libertad de testar y sistema de legítimas en Europa²⁹⁴, dando lugar en algunos Estados a las oportunas reformas. Sin pretender llevar a cabo un exhaustivo análisis de derecho comparado, nos limitaremos, simplemente, a comentar las reformas sucedidas en dos países de nuestro entorno, Alemania y Francia.

²⁹³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << La legítima.....>>, op. cit., pág. 269.

²⁹⁴ Así, teniendo en cuenta, entre otros, el Reglamento (UE) n.º 650/2012, la RDGRN, Sección Tercera, de 14 de febrero de 2019, BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019, en su F. J. 3º p. 1 y 2, manifiesta: “*En el supuesto ahora planteado el registrador – en su muy extensa nota –, considera necesaria la actuación de los ejecutores designados en el probate y la elevación de este a escritura pública. Por tanto, considera insuficiente que, debidamente representada, sea la viuda, única heredera designada en el testamento, en el que no se nombran ejecutores, y por tanto única interesada en la sucesión, en base a su ley aplicable, quien se adjudique los bienes hereditarios*”.

En Alemania, cuya reforma es relativamente reciente, entró en vigor el 1 de enero de 2010 la Ley de modificación de Derecho de sucesiones y de la prescripción, reforma que, por cierto, resultó muy inferior a la inicialmente planteada, afectando los cambios esenciales a la regulación de la legítima y a las causas de desheredación.

En el debate sobre la legítima fue determinante la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de abril de 2005, en la que se declaró protegida constitucionalmente la legítima. El tema quedó zanjado con dicha sentencia, cuya decisión principal fue la protección constitucional de la legítima. En ella se dice que la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que éstos no pueden verse privados y cuya percepción no dependía de una previa situación de necesidad.

En definitiva, como señala CAÑIZARES LASO²⁹⁵: “en el debate de la reforma del sistema de legítimas y partiendo de la base de que la privación de la legítima es una manifestación de la libertad de testar, se entiende finalmente que el legitimario tiene una posición constitucionalmente protegida lo que conduce a mantener el sistema legitimario. Esencial en la sentencia es que se invoque como fundamento de la legítima el principio de solidaridad familiar intergeneracional, lo que es fundamental puesto que como luego se verá no se identifica con un posible derecho de alimentos. Distinto es que el derecho de alimentos se encuentre basado igualmente en un principio de solidaridad familiar”.

También puede deducirse de la mencionada sentencia, que la legítima que resulta ser un derecho de crédito contra el heredero se modifica con la reforma. Sin embargo, no se cuestiona ni su fundamento ni su subsistencia, no se modifica su cuantía, cuyo valor es la mitad de la cuota legal hereditaria, ni tampoco los beneficiarios que continúan siendo los descendientes, ascendientes y el cónyuge viudo. No obstante, aún los progresivos cambios en las estructuras familiares, la legítima no pierde vigencia y sus fundamentos todavía se justifican en base al principio de solidaridad familiar y de protección de la familia.

²⁹⁵ CAÑIZARES LASO, A.: op. cit., pág. 257.

En Francia sucedió otro caso semejante. Con anterioridad a la reforma en Alemania, se planteó la posible reforma de las legítimas en Francia con la revisión del Derecho de sucesiones²⁹⁶. La Ley 728/2006, de 23 de junio, reformó el Derecho de sucesiones, modificando más de doscientos artículos del Código civil francés. Esta reforma, aunque fue una de las más amplias e importante del Derecho civil y que además modificó ampliamente el Derecho de sucesiones conservó, sin embargo, los principios fundamentales en que se basa. Se suprime la legítima de los ascendientes; se incluye el derecho de representación para el supuesto de repudiación; la acción de reducción de donaciones se transforma en un derecho de crédito.

El objetivo de esta reforma fue adecuar el derecho patrimonial de la familia y las nuevas realidades económicas, demográficas y sociales de la sociedad contemporánea. Con esta reforma consiguieron sin prescindir de la institución de las legítimas acomodarse a la realidad social revisando en profundidad principios fundamentales del Derecho de sucesiones²⁹⁷. Una cuestión importante fue el aumento de la seguridad jurídica, en particular a través de la definición precisa de los casos de aceptación tácita de la sucesión y de la modificación de las reglas de la aceptación sucesoria a beneficio de inventario²⁹⁸

La misma tendencia que acabamos de exponer en los dos países citados se comprueba en las reformas que se han llevado a cabo en los últimos tiempos en algunos de los derechos civiles en el interior de España. En los casos que han ocurrido, estas reformas no han sido totalmente contrarias a lo establecido en la regulación previa existente. No obstante, debe señalarse que tienden a un mayor reconocimiento de la libertad de disponer y a una reducción de la legítima tanto desde el punto de vista de su cuantía como también de los legitimarios.

La mencionada tendencia tuvo lugar en Galicia, en su LDCG, de 14 de junio de 2006, que establece de un modo amplio la legítima en sus arts. 238 a 255 y que significó

²⁹⁶ GINISTY, J. C.: << La reforma del Derecho de sucesiones en Francia >>, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 26.

²⁹⁷ Mencionamos como ejemplo, la instauración del pacto sucesorio, por lo que los legitimarios tienen la posibilidad de renunciar por anticipado, es decir, antes de la apertura de la sucesión, al ejercicio de la acción destinada a la reducción de las donaciones que pudiesen afectar a su reserva hereditaria.

²⁹⁸ <https://www.elnotario.es/113-hemeroteca/revistas/revista-26/1537-la-reforma-del-derecho-de-sucesiones-en-francia-09121793824361445>. (Consultado 04/10/2019).

una importante novedad respecto a la Ley anterior²⁹⁹ puesto que se introdujeron modificaciones relevantes respecto al régimen anteriormente vigente³⁰⁰. De hecho, el comentario de algunos autores, entre ellos el de REBOLLEDO VARELA³⁰¹, es que el legislador optó claramente a favor de la libertad de testar y, sin llegar a una supresión de la legítima, si ha sucedido una clara disminución de la fuerza del sistema legitimario.

En la misma línea de las últimas reformas, que se llevaron a cabo en Europa y en Galicia, se produjeron las modificaciones legislativas en Cataluña en los últimos años, optando por conservar la legítima como institución, si bien de forma más disminuida y privándola de algunas de las garantías que tuvo anteriormente. Como es conocido, la legítima catalana se ha distinguido desde siempre y frente al CC por su tradicional debilidad³⁰², representada por su cuantía de un cuarto del valor de la herencia a distribuir entre todos los sucesores legitimarios, y su carácter crediticio.

A pesar de lo anterior, la Ley del Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones³⁰³ debilita la legítima y restringe su reclamación. En lo que se refiere a la legítima, dicha Ley señala que, sobre todo, debe percibirse como una reducción de los derechos de los legitimarios ajustada a la realidad de la sociedad contemporánea, en que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores.

Cabe señalar como características algunas diferentes a las realizadas en el Derecho civil de Galicia, antes citado, por ejemplo, que en Cataluña se mantenga la legítima de los ascendientes, suprimida en el Derecho civil gallego; y que, de forma distinta, que se puede ver reducido el valor sobre el que se calcula la cuantía de la

²⁹⁹ La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia que se remitía a la regulación del Código civil tanto para la cuantía de su legítima como para la determinación de los legitimarios – art.146 -.

³⁰⁰ A partir de la configuración de la legítima como un derecho de crédito frente al heredero, entre otras reformas se pueden mencionar: la supresión de la legítima de los ascendientes; la reducción de la legítima de los descendientes, que pasó a ser la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido - art. 243 -; la legítima del cónyuge viudo que pasó a ser de la cuarta parte del valor hereditario si concurre con los descendientes, en caso contrario se fijó en la mitad del capital – arts. 253 y 254.

³⁰¹ REBOLLEDO VARELA, A. L.: << Comentario a los artículos 238 a 252 >>, en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, 2008, págs. 1015 a 1099.

³⁰² VAQUER ALOY, A.: << La legítima en el Derecho civil de Cataluña >>, en *Tratado de legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, págs. 471 y ss.

³⁰³ Ley 10/2008, de 10 de julio, que sustituye la regulación del Código de sucesiones por causa de muerte – Ley 40/1991, de 30 de diciembre -.

legítima al haber introducido el legislador que sólo se computen las donaciones realizadas en los diez últimos años anteriores a la muerte del causante. Asimismo, además de las legislaciones citadas de Galicia y Cataluña, y con anterioridad a ellas, cabe mencionar la de Las Islas Baleares, y las más recientes de Aragón, País Vasco y Navarra.

VII.- LA JUSTIFICACIÓN O NO DE LAS LEGÍTIMAS EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Puede decirse que tradicionalmente han existido determinados límites a la libertad de disponer mortis causa, que se han venido justificando en la necesidad de proteger a los familiares más próximos al causante. Estos límites han sido distintos en los diferentes sistemas jurídicos, de tal manera que, refiriéndonos únicamente a nuestra época, aparecen desde las prestaciones de carácter alimenticia de ciertos países anglosajones como las *family provisions* de Inglaterra, Gales, Australia o Nueva Zelanda³⁰⁴, así en la mayor parte de los EEUU, sometidos a sistemas de reservas que otorgan a estos familiares un derecho real sobre una parte del patrimonio del causante. Entre dichos extremos han existido regímenes intermedios en los que los derechos legitimarios se configuraban de forma más o menos flexible.

Esta variedad de límites no ha impedido que en las últimas décadas el desarrollo de los diferentes sistemas sucesorios muestre un acercamiento entre los dos extremos, así como una evidente constatación de soluciones intermedias que se han producido en las dos direcciones convergentes. Así en los ordenamientos del *Common Law* se han venido introduciendo por diferentes vías modificaciones legislativas de protección de los familiares y dependientes del causante, que en cierta manera han actuado como límites a la libertad de testar, favoreciendo o desheredando a quien el testador le pareciese.

Por otra parte, los países continentales que conforme a la tradición han reconocido la legítima³⁰⁵, muestran en los momentos actuales una clara tendencia hacia

³⁰⁴ Sobre la evolución experimentada en este punto en el último siglo en este sistema, BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common Law inglés*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011. págs. 253 y ss.

³⁰⁵ Que ya en sí misma puede ser considerada como un punto de encuentro entre dos extremos: libertad de testar como consecuencia de la libre disposición que el titular tiene sobre la propiedad de su

su flexibilización y disminución³⁰⁶, sin que, como hemos visto, falten voces de partidarios de una total revisión e incluso a su supresión, porque consideran que los fundamentos sociológicos y económicos que la sustentaban ya no están justificados³⁰⁷.

Por otra parte, en el análisis de la expresión “La Libertad de Testar”, el tema de la legítima debería ser el principal objeto de debate puesto que se considera el más importante obstáculo a la libertad dispositiva del causante³⁰⁸. Sin embargo, el hecho de que la institución de la legítima sea mucho más que un límite a la libertad de disponer, justificaría el hecho de hacer algunas observaciones que la figura plantea y cuya actualidad no debe ocultar su condición de tema especialmente complejo, así como recurrente³⁰⁹ desde la época codificadora, entre ellas, podríamos referirnos a su constitucionalidad, tema que ya ha sido tratado. En base a que el TS ha reconocido que la legítima no está protegida por el orden público interno, surge la pregunta por la constitucionalidad de una eventual supresión de las legítimas.

Con relación a lo anterior, parece lógico concluir que la legítima es solamente uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia, según el art. 39 CE. De manera que no sería estrictamente exigible por nuestra Carta Magna el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, aunque probablemente si se pide al menos una garantía de carácter formal³¹⁰. Esta opinión se basa en que en el propio sistema español existen ordenamientos en los que la legítima carece de contenido económico – Navarra y Fuero de Ayala³¹¹ –, y no

patrimonio y aquella que establece que el patrimonio debe destinarse a sucesiones individualizados directamente por la propia norma, TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítimas >>, op. cit., 2006, págs. 160 y ss.

³⁰⁶ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: op. cit., pág. 243.

³⁰⁷ Entre otros, MAGARIÑOS BLANCO, V.: << La libertad de testar. Una reforma necesaria >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, págs. 641 y ss., ROCA i TRIAS, E.: op. cit., págs. 204 y ss.

³⁰⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << limitaciones>>, op. cit., pág. 8.

³⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: op. cit., págs. 719 y ss.

³¹⁰ Mantienen su necesaria protección constitucional con fundamento en los arts. 33.1 y 39 CE, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: op. cit., pág. 51; TORRES GARCÍA, T. F.: op. cit., págs. 220 y 221; Por su parte, cuando menos reclama una protección formal, GARCÍA RUBIO, M. P.: << Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia >>, en *Tratado de legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, pág. 204; no parece entenderlo necesario, PARRA LUCÁM, M. A.: op. cit., pág. 500.

³¹¹ Lo que no significa que en estos sistemas no existan límites a la libertad de testar en sentido negativo; Así en Navarra es relevante la mención a los derechos de los hijos del primer o anterior matrimonio, STSJ NAV 12/2013, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 209/2013, de 18 de septiembre de 2013; HUALDE MANSO,

parece normal considerar ahora que se trata de normas inconstitucionales, como en principio podía pensarse.

En relación a lo anterior y tomando en consideración las modificaciones de la institución que han hecho algunos ordenamientos jurídicos continentales en los últimos años, entre ellos varios españoles, como el catalán, aragonés y gallego, se pueden comentar algunos rasgos comunes en la evolución de la misma que exponemos seguidamente:

Así, se tiende en general a mantener la participación forzosa en la herencia para los hijos y descendientes³¹², basándose, principalmente, en razones de solidaridad familiar entre los miembros de una generación y los de la siguiente. Se consideran otros argumentos como la eficacia de la misma institución de la legítima como instrumento de protección frente al propio causante que pudiera ser fácilmente manipulado por terceros, o bien como mecanismo necesario de protección, en el supuesto de familias ulteriores o reconstituidas de los hijos que existieron de una primera relación cuyo contacto con alguno de los progenitores, o con ambos, se debilita en beneficio de los descendientes de sucesivas relaciones.

Quienes apoyan la conservación de la legítima no obstaculizan la general creencia de que no se trata de una institución de orden público, ni interno, ni internacional³¹³, así como la de su existencia en el CC español necesitado de una revisión profunda, y además integral³¹⁴ que supere las reformas parciales que se han llevado a cabo en los últimos años³¹⁵. No hay que olvidar que la regulación que existe en nuestro CC, respecto al sistema de legítimas, sobre todo en lo que se refiere a sus cuantías, tiene una antigüedad próxima al siglo y medio, y aún continúa vigente, sin tener en cuenta el tipo de sociedad que existía cuando dicha regulación entró en vigor, y la actual,

M. T.: *Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: reservas y limitaciones dispositivas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 149 y ss.

³¹² PÉREZ RAMOS, C.: << La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar >>, en *Autonomía privada, Familia y Herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y cuestiones de futuro*, coordinador: L. AGUILAR RUIZ, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 119.

³¹³ CÁMARA LAPUENTE, S.: << La sucesión y el Derecho sucesorio. Las distintas formas testamentarias >>, en *cap. I y cap. V de Curso de Derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Colex, 2013, pág. 56.

³¹⁴ GOMÁ LAZON, F.: << Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código civil >>, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 2013, págs. 555 a 576.

³¹⁵ TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítimas, legitimarios >>, op. cit., págs. 174 y ss.

totalmente distinta, debido a los cambios sociológicos y económicos sucedidos a lo largo de dicho periodo.

Con todo, recordando posiciones históricas sobre un tema siempre polémico³¹⁶, no faltan opiniones favorables a su sustitución por una institución con fundamento puramente alimenticio³¹⁷, a la manera que sucede, por ejemplo, con la cuarta viudal en el art. 452.1 del Código civil catalán – CCC -, a la que únicamente se tiene derecho en el supuesto de que el viudo o superviviente de la pareja estable se halle en situación de necesidad³¹⁸, se trataría en cualquier caso de una figura que estaría pensada, por encima de todo, para aquellas situaciones de familiares con situación de necesidad o dependencia³¹⁹.

Tal y como manifiestan TORRES GARCÍA Y GARCÍA RUBIO³²⁰: “De momento parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* – en cualquiera de sus modalidades *pars hereditatis*, *pars bonorum* o incluso *pars valoris bonorum* - por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero, toda vez que se piensa que aquella supone un obstáculo para la libre circulación de los bienes, especialmente en el caso de los inmuebles y de las pequeñas y medianas empresas.

Las reformas recientes de los ordenamientos donde se configuraba como una participación en los bienes, entre los que debemos incluir la reserva del Derecho francés o la del Derecho holandés, van dando pasos en esta línea”. La misma que siguen también, tanto el Derecho catalán a partir de la Ley 8/1990, de 9 de abril, la actual configuración de su legítima como *pars valoris*³²¹, como en el ordenamiento gallego desde 1995, aunque ha quedado más claro en la LDCG³²². La reforma en profundidad

³¹⁶ Polémica de la que también se hacen eco los Tribunales, como la STS 473/2018, Sala de lo Civil, ROJ: 2756/2018, de 20 de julio de 2018, en su F. J. 4º 2.h), manifiesta: “La colación en el código civil, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante”.

³¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Limitaciones>>, op. cit., págs. 24 y 25.

³¹⁸ PARRA LUCÁN, M. A.: op. cit., pág. 401.

³¹⁹ Lo que hasta cierto punto contradice la supresión de la legítima de los ascendientes, tal y como se ha hecho en Galicia en 2006.

³²⁰ TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.: op. cit., pág. 145.

³²¹ TORRES GARCÍA T. F.: << Legítimas, legitimarios>>, op. cit., pág. 201.

³²² GARCÍA RUBIO M. P.: << Las legítimas en la Ley 2/2006 >>, op. cit., págs. 205 y ss.

que, a nuestro juicio, precisa la institución en el CC, es posible que se lleve a cabo siguiendo el mismo camino, por el que ya se ha dado algún pequeño paso³²³.

Con el fin de disminuir y flexibilizar la legítima de los descendientes, al mismo tiempo que se favorece la libre circulación de los bienes que la legítima tradicional puede llegar a frenar³²⁴, se muestra también la predisposición de los legisladores reformistas a proteger las donaciones del disponente frente a las pretensiones de los legitimarios.

Asimismo, también se observa la tendencia común a flexibilizar, el pago, además de la posibilidad de hacerlo en diferido, facultad que aparece en el CC para un caso concreto, introducida por la reforma operada en su art. 1056.2 por la Ley 7/2003³²⁵, así como en la reforma alemana de 2009³²⁶.

Por otra parte, también nos parece relevante la clara tendencia en el ámbito comparado que se extiendan y actualicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, como se ha procedido, por ejemplo, en Alemania y, dentro de España, en Cataluña; con relación a este último sistema es llamativo la consideración de nueva causa de desheredación establecida en el art. 451-17 e) CCC, de la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el disponente y el legitimario³²⁷. En el ámbito del CC la STS 258/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2484/2014, de 3 de junio de 2014³²⁸, que,

³²³ STS 524/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5678/2012, de 18 de julio de 2012, en su F. J. 4º p.6, dice: “En consecuencia y para resumir lo dicho hasta aquí, los requisitos para que se produzca un pago en dinero de las legítimas son: a) que el testador lo haya autorizado, b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente y c) que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto”.

³²⁴ PARRA LUCÁN, M. A.: op. cit., págs. 484 y ss.

³²⁵ Además de reconocer la posibilidad de pago en metálico en atención a la conservación de la empresa o el interés de la familia el causante o contador-partidor por el designado pueden establecer aplazamiento, siempre que este no supere cinco años desde el fallecimiento del testador; TORRES GARCÍA, T. F.: << Una aproximación al artículo 1056.II Código civil – Posible sucesión mortis causa de la empresa- >>, en *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo II, coordinador: J. GÓMEZ GALLEGO, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, págs. 1065 a 1671.

³²⁶ Ocasionada por la Ley de modificación del Derecho de sucesiones y de prescripción, que entró en vigor el 1 de enero de 2010.

³²⁷ PÉREZ RAMOS, C.: op. cit., pag. 117, manifiesta: “Las grandes deficiencias de nuestro sistema legitimario – se refiere al del CC – son la imposición de la legítima de los ascendientes en perjuicio del cónyuge sobreviviente y la imposición a los padres del deber de respetar la legítima de aquellos hijos con los que han perdido relación”; el autor es partidario de incluir una causa de desheredación similar a la catalana en el CC – pag. 121 -, del mismo parecer es GOMÁ LANZÓN, F.: op. cit., Pág. 575.

³²⁸ En su F.J. 2º.6, manifiesta: “En el presente caso, y conforme la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido abandono emocional, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar”.

en su F. J. 2º, considera el maltrato psicológico como un modo del maltrato de obra a los efectos de estimar que existía en el supuesto justa causa de desheredación de los hijos del testador, se sitúa, asimismo, en la línea mencionada de actualización de las tradicionales causas de desheredación que, no obstante, siguen siendo por su propia naturaleza sancionatoria de interpretación y aplicación estricta.

VIII.- RENUNCIA DE DERECHOS LEGITIMARIOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES

Por encima de las líneas de actuación de las últimas reformas, resulta de interés, ante una posible modificación de la legítima en el CC y al reconocimiento de una mayor libertad de testar, considerar la conveniencia de introducir la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima³²⁹, tal y como se hace, por ejemplo, en Galicia con el pacto de apartación, figura que desde su reconocimiento en la LDCG de 1995 constituye, sin duda, una de las diversas señas de identidad del Derecho civil de Galicia³³⁰. Sin embargo, el art. 816 CC no establece tal posibilidad, puesto que declara nula toda renuncia o transacción sobre la legítima futura³³¹, lo que estaría además en consonancia con la prohibición que establece el art. 1271.p.2 CC.

Por otra parte, el creciente cuestionamiento del interés de esta última prohibición, así como los beneficios que una posible renuncia *ex ante* puede acarrear para todas las partes interesadas, siempre que se proceda a regular de forma equilibrada, inducen a considerar la conveniencia de su introducción en un supuesto CC reformado.

La modificación de algunos preceptos del CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre los derechos del cónyuge viudo, puede utilizarse como base para llevar a cabo algunas consideraciones sobre la posibilidad de que uno de los cónyuges, o los dos, puedan renunciar a tales derechos con anterioridad a la apertura de la sucesión de su

³²⁹ A favor de la citada introducción ante una posible modificación del CC, se manifiesta GOMÁ LANZÓN, F.: op. cit., págs. 575 y 576.

³³⁰ GARCÍA RUBIO, M. P.: << El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego >>, en *ADC*, Vol. 3. núm. 4, 2000, págs. 1397 a 1482.

³³¹ TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUEIMO, A.: << La legítima en el Código civil >>, en *Tratado de legítimas*, coordinador: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012. Págs. 34 y ss.

consorte premuerto. Como dice RUBIO SAN ROMÁN³³²: “Decantarse, a *priori*, por la prohibición o la permisibilidad, o sobre la validez de la renuncia o transacción de la legítima usufructuaria viudal, no es cuestión sencilla”.

Debemos tener presente que los derechos legitimarios del viudo, sometidos a las disciplinas sucesorias en torno a las legítimas, son cuestiones que han sido y están siendo muy debatidas. Es conocido que los derechos legitimarios del cónyuge supérstite tienen su fundamento, remontándonos a la época codificadora, en las Bases 17 y 18 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

La primera de dichas Bases, con carácter imperativo, indicaba: “Se establecerá a favor del viudo o viuda, el usufructo que, alguna de las legislaciones especiales, le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo”.

Con respecto a la Base decimoctava³³³ consideramos destacable que: “A la sucesión intestada será llamado en 5º lugar el cónyuge viudo. Y termina dicha Base: *Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia*”.

Puede considerarse, a nuestro entender, que cuando este mandato se plasma en el texto articulado del CC se recoge sobre la idea de base sociológica, básicamente rural, que otorgaba a la tierra la consideración del bien máspreciado del que podía vivir de una forma cómoda la unidad familiar; en definitiva, se trataba de conservar ese bienpreciado de la estructura familiar y, en la forma más unida posible. Situación que puede considerarse muy distinta a la actual, tanto en lo que se refiere a la economía familiar,

³³² RUBIO SAN ROMÁN, J. I.: << Reflexiones en torno a la renuncia a los derechos legitimarios por uno de los cónyuges >>, en *Estudios de Derecho de sucesiones Liber Amicorum*, T. F. TORRES GARCÍA. directores: A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinador: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014, pág. 1287.

³³³ A la sucesión intestada serán llamados: 1º Los descendientes; 2º Los ascendientes; 3º Los hijos naturales; 4º Los hermanos e hijos de estos y 5º El cónyuge viudo.

que era importante, como a la concepción de la familia propiamente dicha. Sin lugar a duda, la situación sociológica y patrimonial de la familia ha cambiado.

IX.- LOS LEGITIMARIOS

Después de tratar la polémica que existió en época codificadora sobre las decisiones de optar por la libertad de testar o por el sistema de legítimas, y los destinatarios de ellas, es decir, los legitimarios³³⁴, y habiendo sido puesta de manifiesto, tras la entrada en vigor del CC, la porción del patrimonio del disponente considerada por ley como legítima, puede decirse que en determinados ordenamientos jurídicos de España y en Países de nuestro entorno ha disminuido y, donde no ha sido así, han aparecido importantes voces doctrinales con la pretensión de que así sea, e incluso que debe suprimirse. Como el objetivo de nuestro trabajo es proponer normas para ampliar la libertad de testar, obviamente, somos partidarios de dicha reducción de la legítima en nuestro CC, máxime teniendo en cuenta lo establecido en las legislaciones autonómicas.

Empezaremos por indicar, como manifiesta ALBALADEJO GARCÍA³³⁵, que: “La terminología de llamar herederos forzosos a los legitimarios es inexacta porque los bienes que constituyen la legítima no les corresponden necesariamente como herencia, sino que se les puede dejar también por legado o habérselos dado en vida como donación”.

Los herederos forzosos podrían ser definidos, conforme a nuestro entender, como aquellas personas que no pueden ser desheredadas, sino por las causas legalmente establecidas, lo que supone que posean el derecho a percibir la legítima, considerada por el art. 806 CC, como la porción de bienes de que el testador no puede

³³⁴ STS 134/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 707/2019, de 6 de marzo de 2019, en su F. J. 4º.2 p.5, dice: “La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia mortis causa, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el Código civil, tal y como con claridad resulta de los arts. 737 y 1271 CC”.

³³⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, V Derecho de sucesiones, 8ª edición, Madrid, Anzós, 2004, pág. 375.

disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos³³⁶.

Por otra parte, como ya indicamos en su momento, nuestra propuesta nuclear consiste en que para ser heredero forzoso no baste simplemente en cumplir los vínculos familiares que el art. 807 CC menciona, sino que, además, deben cumplir unos requisitos respecto del causante que concretaremos más adelante. Es decir, lo que se pretende es que el incumplimiento de dichos requisitos suponga la eliminación de herederos forzosos y, por tanto, la ampliación de la libertad de testar.

El art. 807 CC establece que están llamados a ser herederos forzosos, además del cónyuge viudo, los hijos y descendientes respecto de sus padres y demás ascendientes, y a falta de estos, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. Son por tanto los familiares más cercanos al disponente y el cónyuge³³⁷, aunque tienen la facultad de repudiar la legítima, al ser un acto voluntario y libre³³⁸.

Con respecto a los parientes más próximos al causante, se observa que el art. 807, apartados 1 y 2 CC, no discrimina a los sujetos por razón de filiación. Sin tener en cuenta la naturaleza matrimonial o extramatrimonial de la filiación, así como en el supuesto de adopción, se equiparán todos los individuos, a los efectos de este precepto³³⁹. Por consiguiente, son legitimarios los descendientes, y en su defecto los ascendientes más cercanos al disponente, tanto lo sean por vínculos sanguíneos o por adopción.

Este grupo de herederos forzosos constituyen la denominada categoría de legitimarios, prevaleciendo el grado más próximo al causante sobre el más remoto, razón por la que se hace referencia a los descendientes o en su defecto a los ascendientes más cercanos al que dispuso³⁴⁰. Está claro que para ser heredero forzoso

³³⁶ <https://www.iberley.es/temas/regulación-herederos-forzosos-59754>. (consultado 23/09/2019).

³³⁷ O'CALLAGHAN, X.: << Compendio>>, op. cit., págs. 226 y ss.

³³⁸ Arts. 985 y 988 CC.

³³⁹ Art. 108 CC: *"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adopción, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código"*.

³⁴⁰ Así, por ejemplo, en el supuesto de existir descendientes, los de primer grado, que son los hijos, tienen preferencia sobre los de segundo grado, que son los nietos.

no se precisan más requisitos que poseer vínculo sanguíneo con el disponente o ser adoptado por éste.

Nada se dice sobre otros posibles requisitos que se podrían exigir, como, por ejemplo: la edad; el estado civil; el estado de salud y sobre todo uno de los más importantes, a nuestro juicio, el patrimonio y los ingresos económicos del legitimario respecto de los del disponente. Es evidente que de exigirse alguno o algunos de dichos requisitos a los legitimarios vigentes, algunos de ellos dejarían de serlo por su posible incumplimiento, lo que se traduciría en una probable ampliación de la libertad de testar.

Tenemos ejemplos de ordenamientos que han procedido a la reducción de legitimarios, como en el Derecho civil gallego, donde a partir de la entrada en vigor de la LDCG de 2006 los ascendientes dejaron de tener aquella condición³⁴¹, que tampoco poseen en el Derecho aragonés o navarro, ni en el francés después de la reforma de 2006³⁴².

Es importante tener presente que, lo indicado en el apartado anterior, que se refiere a la eliminación total de legitimarios del colectivo de ascendientes, nada tiene que ver con nuestra propuesta, cuya finalidad es la eliminación de aquellos legitimarios, de cualquier colectivo – ascendientes o descendientes – que no cumplan el requisito adicional al art. 807 CC que se propone y que se analizará más adelante.

Aunque en las recientes reformas del Derecho sucesorio europeo los hijos y descendientes continúan siendo legitimarios en todo caso, por entender que debe prevalecer el principio de solidaridad familiar intergeneracional sobre el de necesidad, como dicen TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO³⁴³: “no resulta extemporáneo plantear, en el camino de minoración de la legítima, si tiene sentido mantener que esto ha de ser así, en cualquier caso, o si es preferible una limitación a aquellos supuestos en los que los hijos o nietos se hallen en especial situación de necesidad o vulnerabilidad”.

³⁴¹ También en el Derecho francés tras la reforma de 2006 se ha suprimido la reserva de los ascendientes.

³⁴² Lo cual no se relaciona del todo con la tendencia a ligar el reconocimiento del derecho a legítima y las situaciones de necesidad o asistencia, en la que muchas veces pueden hallarse estos ascendientes mayores. Por su parte GOMÁ LANZÓN, F.: op. cit., pág. 558, se refiere al reconocimiento de la legítima de los ascendientes en el sistema del CC.

³⁴³ TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.: << *La libertad de testar*>>, op. cit., pág. 154.

En lo que se refiere al cónyuge viudo, éste es considerado heredero forzoso por establecerlo así el apartado tercero del art. 807 CC. Esta calificación fue muy bien acogida por la Doctrina, recelosa por la poca protección jurídica concedida anteriormente a este legitimario. No obstante, el principal inconveniente surgido desde su configuración en el CC, fue la condición que la ley le atribuye, pese a que el art. 807.3 CC lo califica como heredero forzoso, son muchos los juristas que han dudado de este carácter del cónyuge viudo³⁴⁴. Los Tribunales se han pronunciado sobre esta cuestión³⁴⁵. Así como La Dirección General de los Registros y del Notariado³⁴⁶. Lo cierto es que puede considerarse que el Cónyuge viudo tiene una especial naturaleza jurídica pero no lo suficientemente clara para definirse como un heredero forzoso. Asimismo, no cabe disponerse de la cuota que debe obtener el cónyuge supérstite ni realizar gravámenes sobre ella.

No obstante, la crítica más relevante que ha recibido la cuota que se le asigna al cónyuge viudo radica, en que mientras los demás herederos forzosos obtienen su porción en propiedad, aquél la recibe solamente en usufructo.

Lo anterior no quiere decir que el Cónyuge viudo no sea un heredero forzoso, puesto que concurre como tal en el CC con el resto de legitimarios; lo que ocurre es que la concesión de la cuota viudal es distinta, pero no puede decirse que se desnaturalice el sentido de la misma, pues resulta que por imperativo legal el usufructo tendrá carácter vitalicio, incluyendo las ventajas, como las de que el cónyuge viudo podrá

³⁴⁴ Los principales argumentos con los que se ha pretendido acreditar que el cónyuge viudo no es heredero forzoso han sido, entre otros, los siguientes: 1.- Que su cuota viudal sea un usufructo y no en propiedad como sucede con los demás legitimarios; 2.- que el art. 807.3 CC dice: *"El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código"*; 3.- que el art. 839 CC establece: *"Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo"*, que menciona por una parte a los herederos y por otra al cónyuge. También, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Oviedo, 1993, págs. 13 y ss. VV. AA.: << Código civil: doctrina >>, op. cit., págs. 860 a 862.

³⁴⁵ Entre otras: STS 161/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1160/2016, de 16 de marzo de 2016, en su F.J. 2º.1 p.4 manifiesta: *"En síntesis, en los dos motivos se cuestiona el criterio seguido por la sentencia recurrida, considerando que la interpretación adecuada del artículo 9.8 del Código Civil lleva a concluir que los derechos legitimarios del cónyuge viudo se deben regir por la ley que regula los efectos del matrimonio"*; STS 661/2006, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4636/2006, de 29 de junio de 2006, se pronuncia en su F. J. 3º p.10: *"En segundo lugar, incluso el más importante de los valedores de la tesis según la cual los legitimarios por herederos, señala que respecto del cónyuge viudo es reiterada la jurisprudencia que estima que el cónyuge legitimario no puede ser demandado por las deudas hereditarias, o que no puede ser condenado a su pago"*.

³⁴⁶ Así, por ejemplo, la RDGRN, Sección Tercera, de 16 de marzo de 2005, BOE de 19 de mayo de 2005.

contraer nuevo matrimonio, así como solicitar el complemento de la legítima³⁴⁷ o la reducción de las disposiciones testamentarias en lo que fueren inoficiosas o excesivas³⁴⁸, merced a que el CC lo reconoce heredero forzoso en su art. 807.3.

Se le considera tal importancia al cónyuge viudo, que, ante una ausencia de descendientes y ascendientes del causante, puede conseguir la llamada “legítima larga”, constituida por dos tercios de la herencia, aunque en usufructo vitalicio y no en propiedad. Por lo que puede decirse, que se trata de una “legítima especial”.

En el supuesto de existir separación o divorcio, el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho alguno en la herencia del difunto. Ahora bien, si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el art. 84 CC, el sobreviviente conservará sus derechos, según el art. 835 CC³⁴⁹.

A.- EL LEGITIMARIO, TITULAR DE UNA POSICIÓN COMPLEJA

Como ha comentado MIQUEL GONZÁLEZ, la posición de legitimario es una posición compleja, que comprende fundamentalmente tres aspectos: el derecho a una porción de bienes – que constituye la legítima material –; un cierto derecho a ser mencionado en el testamento de su causante – que constituye la legítima formal – y el derecho, frente al resto de herederos forzosos, a que éstos computen en sus respectivas cuotas las atribuciones que percibieron del causante en vida de éste, salvo disposición expresa en contrario, que es sencillamente la colación.³⁵⁰

Los tres mencionados aspectos, aunque interrelacionados en el CC, lo cierto es que son autónomos, y no se exigen entre sí, de forma que en otros Derechos la posición de legitimario comprende alguno de ellos, pero no los otros. Así dentro del ordenamiento jurídico español, es bien conocido que el Derecho navarro regula la legítima formal, como obligación de mencionar en el testamento a los hijos y, en defecto

³⁴⁷ Art. 815 CC: “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”.

³⁴⁸ Art. 817 CC: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”.

³⁴⁹ <https://www.mundojuridico.info/la-legitima-del-conyuge-viudo/> (Consultado 28/09/2019).

³⁵⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: << Reflexiones sobre la legítima >> en DOMINGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO, *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum T. F. TORRES GARCÍA*, Madrid, 2014, págs. 983 a 988.

de estos, a sus respectivos descendientes, sin que dicha legítima tenga, sin embargo, contenido patrimonial exigible³⁵¹.

Recordemos que lo anterior, sucedía en Derecho romano clásico, que conocía también la institución de la preterición, pero no una obligación del causante de atribuir a sus descendientes una parte de sus bienes, que sólo nació tardíamente con la introducción de la *querella inofficiosi testamenti*. En cambio, y a la inversa, lo contrario ocurre en Francia, donde su Code civil – CCF – atribuye a los familiares más próximos del causante el derecho a una parte de los bienes o de su valor, sin regular en cambio la preterición como institución dotada de consecuencias específicas³⁵².

Con relación a la colación, lo propio, en cierto modo, puede decirse, que también en Navarra aparece sin ligazón con la legítima, sino como institución que prevé que en la cuota de los herederos se computen las atribuciones gratuitas percibidas en vida del causante, con independencia absoluta de que dichos herederos sean o no legitimarios – ley 332 del Fuero Nuevo -, mientras el CCF, por su parte, la aplica a todos los casos de sucesión legal, y no sólo entre herederos forzosos.

De los mencionados tres aspectos comprendidos en la posición de legitimario, es obvio que el derecho a una porción de bienes o legítima material es el de más relevancia, ya que su naturaleza no es meramente formal o técnica, sino directamente dirigida a la percepción de bienes; por tanto, no debe llamar la atención que el término legítima se refiera a su aspecto material. No obstante, esa realidad no debe suceder que se olviden las otras dos facetas de la posición de legitimario, ya que éstas pueden permitir una defensa precisamente en supuestos en que la legítima material no ofrece protección al legitimario³⁵³.

Con relación a lo anterior, supongamos que el descendiente directo del testador al que éste, habiendo donado ya bienes suficientes para cubrir su legítima, creyó a la hora de redactar su testamento; o en los legitimarios que, en virtud de la colación, y a pesar de existir en la herencia bienes relictos bastantes para cubrir su legítima, resulte

³⁵¹ Leyes 267 a 271 CDCFN - Fuero Nuevo de Navarra -.

³⁵² Arts. 912 y ss. CCF.

³⁵³ RODRÍGUEZ – ROSADO, B.: *Heredero y Legitimario*, 1ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pág. 114.

que otro coheredero forzoso compute en su cuota los bienes que recibió lucrativamente del causante en vida de éste, consiguiendo de esta forma un aumento de las porciones que a ellos corresponden³⁵⁴. Esa superior relevancia de la legítima material ha dado lugar con frecuencia que la preterición o la colación sean analizadas desde la óptica de aquélla, produciéndose así una confusión de planos y de efectos que dificultan su intelección.

B.- PECULARIDADES DE LA POSICIÓN DEL LEGITIMARIO

A mediados del siglo pasado, ORTEGA PARDO propuso una tesis que, aunque fuertemente combatida, no ha dejado de ganar adeptos desde su lanzamiento: “la legítima en el CC no sería un mero límite a las facultades dispositivas del causante, sino que constituiría una delación legal, diversa a la testada e intestada, y ordenada a favor de ciertas personas – los legitimarios –. De acuerdo con dicha interpretación, los favorecidos por esa delación no serían simples sujetos de un derecho a impugnar los actos del causante que les perjudiquen, sino directos titulares de un llamamiento que se rige por sus normas propias, y que, aunque normalmente embebido en los llamamientos testado e intestado, emerge en caso de ser transgredido para proteger a los favorecidos por él”³⁵⁵.

En contra de dicha tesis se han alzado muchas voces, encabezadas por la de VALLET GOYTISOLO, que “entienden que la legítima no puede ser concebida sino como un conjunto de limitaciones y frenos que restringen la capacidad dispositiva del causante”³⁵⁶. Conforme a este segundo punto de vista, la legítima no constituiría una delación que actúa con normas propias, ya que las únicas formas de ordenar la sucesión previstas en nuestro sistema serían la testamentaria y la ab intestato, y así lo reconocería el CC en sus arts. 609 – la propiedad y los demás derechos sobre los bienes

³⁵⁴ El supuesto sería, por ejemplo, el de un causante que falleciese intestado dejando tres hijos y un caudal de sesenta, y hubiese realizado previamente donaciones a su hijo mayor por cuantía de treinta. Si no existiese colación entre herederos forzosos, los dos hijos menores debieran contentarse con veinte cada uno, pues esa cuantía es suficiente para cubrir su legítima. Pero la institución de la colación hace que el hermano mayor deba computar en su cuantía los treinta ya recibidos, teniendo en consecuencia los dos hermanos menores derecho a partir entre ellos el caudal relicto

³⁵⁵ ORTEGA PARDO, G.: *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 137 y ss.

³⁵⁶ VALLET DE GOYTISORO, J. B.: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, págs. 5 y ss., 112 y ss., nacidos, como el autor reconoce, con la intención de rebatir la tesis de ORTEGA PARDO.

se adquieren, entre otros, por la sucesión testada e intestada -, 658 – la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, en su defecto, por disposición de la ley - y 764 – el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero -.

En consecuencia, mientras que la tesis de ORTEGA PARDO atribuye a la legítima carácter positivo, como un llamamiento a la herencia regido por sus propias reglas, ésta otra la concibe de modo negativo, ya que su infracción sólo daría lugar a la impugnación de las disposiciones inoficiosas y a la apertura en esa medida de la sucesión intestada.

La realidad es que la tesis de la legítima como forma de delación legal autónoma ha ido adquiriendo bastantes apoyos entre la doctrina, recibiendo incluso acogida en los pronunciamientos de los Tribunales. Y ello porque numerosos argumentos militan a su favor, y da explicación coherente a variados problemas de la tesis contraria³⁵⁷.

Así, comenzando por esta última, la configuración de la legítima como sistema de límites negativos a la facultad de disponer mortis causa deja en penumbra el hecho de que no actúe sólo como restricción a la facultad de disposición testamentaria, sino también a la de disposición mediante donación³⁵⁸, que sería otra forma de atribución de la legítima.

Con relación a lo anterior, resulta también complicado concebir la legítima como restricción a la facultad dispositiva cuando ella misma sólo surge en el instante del fallecimiento del causante³⁵⁹; hasta ese momento como ha reiterado la jurisprudencia, podrá éste gozar y disponer de sus bienes con plena autonomía, ya que sólo después de

³⁵⁷ En la jurisprudencia, acogen la tesis de las declaraciones doctrinales recogida en la STS 516/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6027/2012, de 20 de julio de 2012, en su F. J. 2º.3 p.3, indica: *“Delimitado, de este modo, el contexto interpretativo, no hay inconveniente alguno en señalar, conforme a la doctrina reciente, que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia y, por tanto, del ius delationis, que causaliza al inmediato negocio de atribución de inter vivos realizado, particularmente de una cesión gratuita del derecho hereditario”*; y en su F. J. 2º.4 p.4, manifiesta: *“De este modo, cabe concluir, que la vocación hereditaria por la vía testamentaria confluyó en una plena existencia y efectividad del ius delationis como derecho actual de aceptar la herencia, esto es, la existencia de una sucesión abierta, la designación del beneficiario a través del negocio testamentario, su determinación y supervivencia respecto del causante y su pertinente aptitud y capacidad para heredar”*.

³⁵⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Legítima >>, en *EJB*, III, Madrid, Civitas, 1995, pág. 3949; LERDO DE TEJADA, M.: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, págs. 36 y ss., 63 y ss.

³⁵⁹ FUENMAYOR CHAMPIN, A.: << Intangibilidad de la legítima >>, en *ADC*, 1948-1, p. 47.

su muerte podrán los legitimarios impugnar los actos por él realizados; todavía más, porque habrá que esperar hasta ese momento y a las variaciones del valor de la fortuna para conocer si una donación o una disposición mortis causa que se preveía inicialmente inoficiosa finalmente lo es, y viceversa³⁶⁰.

Asimismo, se debe tener presente que por mucho que el aspecto limitativo o negativo de las legítimas no se puede negar, es complicado dotarle de sentido si no es como reflejo de una configuración positiva del fenómeno legitimario, ya que al final, ha de existir un derecho propio que justifique esas restricciones³⁶¹.

No obstante, lo anterior, si existen diversos elementos de la regulación de las legítimas que no encajan bien con la concepción negativa, la concepción positiva da a su vez explicaciones a variados hechos.

Como manifiesta RODRÍGUEZ – ROSADO³⁶²: “Por una parte, como ya destacó ORTEGA PARDO, y han recogido después otros autores, hay unos rasgos propios del llamamiento legitimario que no parecen corresponderse con las supuestas dos únicas delaciones testada e intestada, que aparentemente conocería el Código: así, que los llamados a la sucesión forzosa no coincidan con los del llamamiento testamentario, pero tampoco con el ab intestato, pues éste incluye a los colaterales y aquél los excluye; que la base de cálculo del llamamiento forzoso varíe también respecto a las otras, pues se da con exclusión de deudas e incorporación de donaciones; que el llamamiento legitimario se rija por normas de derecho imperativo, mientras que en la delación testada e intestada prime siempre la voluntad del testador; o, en fin, que haya

³⁶⁰ No son válidas las pretensiones de unos futuros legitimarios a que se impugnen una donación inter vivos y una renuncia hereditaria llevada a cabo por un ascendiente aún vivo. Así, la STS 259/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1485/2019, de 10 de mayo de 2019, en su F. J. 2º.3 p.11, dice: “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte – art. 657 CC – y es en ese momento cuando el llamado ha de cumplir los requisitos para recibir la vocación a la herencia*”. Es decir, su derecho a su legítima, si lo tiene; y la STS 669/2000, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5271/2000, de 27 de junio de 2000, en su F. J. 4º p.4, dice: “..... *El motivo se desestima porque insiste en un punto intranscendente, el de la aceptación del legado: como se ha dicho, el derecho legado se transmite ipso iure al legatario en el momento de la muerte del causante, sin necesidad de aceptación y sin perjuicio de renunciar al mero.....*”.

³⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Las legítimas*, II, Madrid, 1974, pág. 763, precisa “que la calificación de nuestro sistema como negativo, de freno o limitación, no pretende ser una calificación absoluta. No es sino una calificación efectuada poniendo en relación nuestro sistema con el germánico de delación legal, e indicativa de que no tenemos delación directa del contenido de la legítima a favor de los legitimarios”.

³⁶² RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: op. cit., págs. 137 y 138.

instituciones propias como la desheredación, que sólo se aplican a la vocación legitimaria y no al resto de sistemas”.

Con relación a lo anterior, además, la existencia de una delación forzosa explicaría el hecho, sino sorprendente, de que la infracción de la legítima produzca a veces un llamamiento exclusivo al legitimario y por su propia cuota legitimaria: tengamos presente los casos en que el legitimario parcialmente insatisfecho pide el complemento de su legítima, o en que los hijos o descendientes de un legitimario justamente desheredado o declarado indigno ejercitan el derecho que le transmite el CC, o en que el preterido intencionadamente exige lo que por legítima le corresponde³⁶³.

Un sistema que concibiese la legítima como sistema de meros límites negativos habría de reconducir cualquier impugnación a una apertura de la sucesión ab intestato, con el correspondiente ofrecimiento de la cuota intestada, cosa que no sucede en dichos supuestos. A lo que hay que adicionar que la simple dualidad delación testamentaria y delación intestada no explica la aplicación de ciertas reglas de la intestada a la sucesión testamentaria en la que hay legitimarios: centrémonos en la representación en la legítima, que el art. 807 CC, muy parco, no recoge, pero que se aplica por ser un principio de la delación legitimaria, a pesar de estar expresado en el art. 924 CC, en sede de sucesión ab intestato³⁶⁴.

A lo anterior se debe añadir que, tal y como hubo de reconocer el propio ROCA SASTRE, partidario de la concepción negativa de la legítima, la exclusión del derecho de acrecer en la legítima, que impone el art. 985 CC, parece convenir mucho más con la existencia de una delación legitimaria, regida por sus propias normas y llamamientos, que un sistema de defensa mediante meras impugnaciones³⁶⁵.

³⁶³ Sobre esos casos, con diversidades según cada autor, PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M.: op. cit., págs. 870 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: op. cit., pág. 462; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid, 1989, págs. 32 y ss.

³⁶⁴ Reconocen la necesidad de completar las normas de determinación de los legitimarios de los arts. 807 y 808 con las normas de la intestada, LACRUZ BERDEJO J. L.: op. cit., pág. 469; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: << Comentario a los arts. 806 a 810 >>, en *Código civil comentado II*, directora: A. CAÑIZARES LASO, Pamplona, 2016, pág. 806.

³⁶⁵ En palabras de ROCA SASTRE, R. M.: << El llamado derecho de acrecer >>, en *Estudios de Derecho privado II*, Pamplona, 2009, págs. 265 a 299, la regulación del art. 985 CC y la exclusión del derecho de acrecer en la legítima “corresponden a una concepción legitimaria de reserva germánica, no muy acorde con la regulación básica que los arts. 806 y ss. CC adoptan sobre la materia”. En una concepción

En el supuesto de que de todo lo anterior puede deducirse la existencia efectiva de un llamamiento legitimario en el sistema del CC, eso no significa tampoco que ese sea un tercer modo de delación alternativo y concurrente con el testado e intestado, ya que eso habría de conducir a la exclusión de cualquier acto dispositivo del causante que pudiese afectarle, aunque fuese conforme con él. Mejor, corresponde decir que se trata de un llamamiento embebido en los normales cauces de la sucesión testada e intestada, previstos como regla general por el CC, y que sólo aparece, en su doble faceta de vocación *ex lege* y consiguiente restricción de las disposiciones del causante, en la medida que se lo infringe.

La delación legitimaria constituye en tal sentido un “régimen primario inderogable, un andamiaje normativo normalmente ínsito en las formas de delación testada e intestada, y que sólo sale a la luz en caso de infracción. En estos casos emerge una verdadera vocación legitimaria, caracterizada, en palabras de LACRUZ, “porque el llamamiento se opera en favor del legitimario perjudicado – y no de los restantes sucesores legales – y en la medida del perjuicio que sufre”³⁶⁶.

Todas las cuestiones señaladas acerca de la configuración de la legítima, de innegable interés doctrinal, tienen además consecuencias prácticas, como no dejó de señalar VALLET DE GOYTISOLO³⁶⁷. En concreto, como indica RODRÍGUEZ-ROSADO, “en un sistema de legítima meramente negativo, obrante por medio de impugnaciones de las disposiciones que la infrinjan y apertura de la sucesión intestada, la ineficacia de esas disposiciones siempre habrá de hacerse valer por la parte perjudicada, pues en la medida que no sean impugnadas se las tendrá por válidas. En cambio, si se acepta que la legítima no es un simple freno, sino que debajo late una declaración *ex lege*, los actos del causante directamente contrarios a la legítima serán nulos de pleno derecho, y en consecuencia su ineficacia podrá ser apreciada *ipso iure* sin requerir una declaración judicial de nulidad”³⁶⁸.

simplemente negativa de la legítima, en la que no existiría un llamamiento legitimario, sino sólo la posibilidad de impugnar la sucesión testamentaria o ab intestato que menoscaba la legítima, la solución que se debiera dar al problema que plantea la actuación del derecho de acrecer en la legítima debiera ser totalmente diversa.

³⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L.: op. cit., pág. 462.

³⁶⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Las legítimas II >>, op. cit., págs. 764 y ss.

³⁶⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: op. cit., pág. 140.

Por otra parte, a juicio de VALLET DE GOYTISOLO, el sistema de legítima meramente negativo resulta, a este respecto, enormemente más ventajoso. A su juicio, “no hay por qué invalidar en lo más mínimo el llamamiento hereditario a título de herencia si el injustamente desheredado renuncia a su acción, o se da por satisfecho en cualquier otra forma, o simplemente no reclama. Siendo así, hay que entender inicialmente válido el llamamiento testamentario mientras no sea invalidado, en todo o en parte; y, en consecuencia, el llamamiento hereditario a la porción forzosa solo puede estimarse deferido cuando se ejercita la *querella* por quien puede actuarla con éxito, aunque esta delación tenga entonces lugar con retroacción de sus efectos a la fecha del fallecimiento del causante”³⁶⁹.

C.- EL LEGITIMARIO, HEREDERO CUALIFICADO

De acuerdo con el carácter de heredero del legítimo y la existencia de un llamamiento legal a su favor, es de interés precisar la posición que ocupa y, más en concreto, las diferencias que puedan existir con relación al heredero voluntario. Se trata de una cuestión que dio lugar a amplio debate sobre la mitad del pasado siglo, pero que, en buena parte, posteriormente ha disminuido. Sí por aquella época hubo quien sostuvo las llamadas tesis de la absorción y de la yuxtaposición, que de una forma u otra partían de una incompatibilidad entre los caracteres de heredero y legítimo, en la actualidad se acepta la plena compatibilidad de esas posiciones, concretando más bien que la cualidad de heredero forzoso adiciona un plus de derechos al instituido³⁷⁰.

El legítimo que percibe la herencia a título de heredero es ciertamente heredero, y se sitúa como tal en la posición del causante, por mucho que su derecho a la legítima le permita desconocer e impugnar algunos de sus actos.

³⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Las legítimas II >>, op. cit., pág. 765.

³⁷⁰ La tesis de la absorción de la condición de legítimo por la de heredero, había quien entendía que existía una incompatibilidad entre ambas cualidades, de forma que la aceptación de la herencia por el legítimo operaba la pérdida de esta condición, impidiéndole ya rechazar o impugnar las atribuciones patrimoniales de su causante que hubiesen perjudicado su legítima. En cambio, según la tesis de la yuxtaposición la incompatibilidad de heredero y legítimo se resuelve en su yuxtaposición, de forma que, pese al texto del art. 990 CC, el heredero forzoso podrá aceptar la legítima y rechazar la herencia, o viceversa, actuando separadamente ambas cualidades. Una exposición de estas teorías, y su refutación, puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Las legítimas II, ... >>, Op. cit., págs. 770 y ss.

Esta postura, generalmente aceptada, puede considerarse efectivamente correcta, ya que resulta plenamente de acuerdo con la idea de que para el CC el legitimario es heredero. Aparte de aquellos casos excepcionales en los que el testador haya privado al legitimario de su condición de heredero, su llamamiento normalmente se realiza por tal título. Asume por tanto la plenitud de facultades de que cualquier heredero se encuentra investido, lo mismo en el plano personal que patrimonial. Pero la cualidad de legitimario supone un determinado refuerzo de esa posición, una cualificación de su condición de heredero.

La especialidad viene dada porque el heredero forzoso tiene derecho a una cuota del activo líquido de la herencia y en esa medida puede impugnar los actos de su causante. El legitimario responde, como todo heredero, de las deudas de la herencia³⁷¹; y, asimismo, los bienes que efectivamente percibe quedan a merced de la facultad de agresión de sus propios acreedores. Pero su derecho a la legítima le permite atacar las disposiciones sucesorias que la lesionen y, en general, impugnar los actos del causante que la perjudiquen, cuestión esta que no podrá llevarla a cabo hasta el fallecimiento del causante, que es cuando nace su derecho a legítima.

Así, en concreto, puede pedir la reducción de la institución del resto de herederos en la medida que perjudique su legítima. Asimismo, su responsabilidad por los legados se encuentra limitada por su derecho a la legítima, de manera que le es posible solicitar su reducción en la medida que la disminuyan, de acuerdo con los arts. 818 y 820 CC. Y en el supuesto de que la reducción de instituciones de herederos voluntarios y legatarios no fueren suficientes para cubrir la legítima, podrá incluso pedir la reducción de donaciones inoficiosas. Dichas donaciones se tornarán entonces inoficiosas, en su favor, y con efecto desde la muerte del causante, en la medida que perjudiquen la legítima del heredero forzosos³⁷².

³⁷¹ STS 712/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5221/2015, de 10 de diciembre de 2015, en su F. J. 2º.2 p.2, manifiesta: *“La cuestión de si un beneficiario por el testador con un usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, debe ser considerado heredero y, por tanto, conforme a la posición jurídica de dicha calificación responde de las deudas de la herencia”*.

³⁷² Por ello, en virtud del art. 655 p.3 CC, los acreedores del causante, que lo serán ahora del heredero, no podrán beneficiarse de esa reducción, pues para ellos la garantía es el patrimonio actual del causante, y no sus bienes pretéritos. En relación con la reducción de donaciones, conviene rechazar la idea, con frecuencia recogida por la jurisprudencia - por ejemplo, la STS 684/2007, Sala de lo Civil, ROJ: STS

Por idénticas razones considera igualmente la jurisprudencia que no se le atribuyen como actos propios – sobre los que se pronuncia - los de su causante en la medida que lesionen su legítima, siendo posible impugnar cuantos el causante haya realizado en perjuicio de su derecho³⁷³. Asimismo, establece el art. 1324 CC, orientado también a la protección de la legítima, que la confesión de privacidad de los bienes en la sociedad conyugal no perjudicará a los herederos forzosos del confesante; precepto que conviene interpretar en el sentido de que dicha confesión no requerirá siquiera de ser impugnada para que no se le pueda oponer al legitimario, ya que el citado art. 1324 CC, nos informa que tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.

De todo lo mencionado se deduce que si el heredero forzoso de modo general asume en el plano personal y real las facultades que corresponden a cualquier heredero, su cualidad de legitimario modula sus deberes, permitiéndole revertir o desconocer ciertos actos del causante.

D.- LA ELIMINACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DEBER DE INSTITUIR HEREDEROS A LOS LEGITIMARIOS

En el periodo codificador la cuestión de la legítima formal volvió a plantearse, pero en el terreno legislativo. En el Proyecto de CC de 1851, su art. 645 establecía: “El

4501/2007, de 20 de junio de 2007, en su F. J. 2º p.4, dice: “*Deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código civil*”. - de que los actos inter vivos realizados por el causante en fraude de la legítima son nulos por ilicitud de la causa-.

³⁷³ En ese sentido la STS 160/2011, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1314/2011, de 18 de marzo de 2011, en su F. J. 2º.7, indica: “*Los actos propios. La sentencia los utiliza para interpretar el testamento. Es cierto que durante muchos años los nietos actuaron como si ignorasen la sustitución fideicomisaria, y por ello lo consentimientos estarían viciados por error y los actos no podrían tener la eficacia de los actos propios*”; y la STS 63/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 313/2018, de 5 de febrero de 2018, en su F. J. 5º p.2, manifiesta: “*La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe general en el otro una confianza en esa coherencia – sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo -. Para que sea aplicable una exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa genera, fundamentalmente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura – sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo -*”.

heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima, sólo podrá pedir el complemento de ésta”.

GARCÍA GOYENA³⁷⁴, que tuvo el cargo de presidente de la Comisión codificadora, glosó la reforma observando que: “Por Derecho romano y patrio, para que tuviera lugar la disposición de este art., era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando éste, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima; se atendía más al honor del título que a la realidad de la cosa o al valor de lo dejado”.

“En el caso de preterición puede presumirse ignorancia o falta de memoria del testador; en el de este art. no; deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso”.

El proyecto propugnaba, pues, por modificar de nuevo el concepto legal de preterición y eliminaba la posibilidad de ejercitar la querella cuando en el testamento se hubiese dejado al legitimario algo a título distinto del de heredero. Su texto, ligeramente modificada su redacción en el anteproyecto de 1882-1888³⁷⁵, y con la supresión ulterior del adverbio “sólo” y la adición del inciso “que le corresponda” pasó a ser el actual art. 815 CC, que dice así: *“El herero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”*.

Los primeros comentaristas del CC, por unanimidad, confirmaron que el sentido de la reforma fue la de hacer posible que la legítima se dejara por cualquier título³⁷⁶. Se llegó a afirmar que “el testador que nombra heredero a un extraño en el remanente de sus bienes después de pagar sus legítimas a los forzosos, pero sin expresar que instituye a éstos, no obra contra lo dispuesto en la ley, y la institución no debe considerarse nula”.

Posteriormente han mantenido aquella interpretación otros ilustres autores. Incluso entre los que han mantenido la tesis de que el legitimario es siempre heredero,

³⁷⁴ GARCÍA GOYENA, F.: op. cit., pág. 96.

³⁷⁵ El art. 800 del Anteproyecto de 1882-1888 dice así: *“El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima, sólo podría pedir el complemento de la misma”*. Nótese los únicos cambios de “dejase” por “haya dejado” y de “ésta” por “la misma”.

³⁷⁶ Entre otros: NAVARRO AMANDI, M.: *Cuestiones de Código civil reformado*, Tomo III, Madrid, 1890, págs. 306 y ss.; BONEL Y SÁNCHEZ, L.: *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, Tomo III, Barcelona, 1890, pág. 428.

no es fácil conocer de alguno que haya pretendido sostener la persistencia del antiguo requisito formal de instituir heredero a los descendientes legitimarios³⁷⁷.

Que la legítima se dejara por cualquier título ha sido confirmado por los Tribunales³⁷⁸, al manifestar la posibilidad de atribuir la legítima a título de legado. La DGRN, en su Resolución de 14 de junio de 2019, ha llegado a pronunciarse sobre si debe o no inscribirse una escritura pública de entrega de legado otorgada en cumplimiento de una sentencia firme³⁷⁹.

E.- ATRIBUCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS LEGÍTIMAS A LOS LEGITIMARIOS

Si la norma deja al causante en libertad para disponer de las legítimas en favor de los legitimarios a quienes la ley se las haya reservado, éstos podrán recibirla de aquél por cualquiera de los títulos que la ley autorice, entre los que se incluye cualquiera acto para transmitir inter vivos o mortis causa la propiedad y demás derechos³⁸⁰. Como indica VALLET DE GOYTISOLO³⁸¹: “el primer problema que aquí se nos plantea es el de determinar por qué título se debe entender dispuesta la legítima cuando el testador la haya atribuido con palabras comunes o simplemente hubiese reconocido los derechos de todos o de alguno de sus legitimarios.

Se trata de un tema clásico - continúa el autor -, pero que era examinado bajo un supuesto básico distinto del actual cuando la persona a quien se refería al llamamiento era heredero forzoso. Hoy ya no es necesario esforzarse en salvar la validez de un testamento o una institución de herederos cuando se ha dispuesto a favor de un

³⁷⁷ CALDERÓN NEIRA, M.: << La colación en el Código civil >>, en *RGLJ*, Vol. 55, núm. 111, 1907, pág. 122; PÉREZ ARDÁ, E.: << Preterición testamentaria parcial >>, en *RGLJ*, Vol. 61, núm. 122, 1913, págs. 250 y ss.

³⁷⁸ STS 29/2008, Sala de lo Civil, ROJ: STS 210/2008, de 24 de enero de 2008, en su F. J. 2º p.3, manifiesta: “La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título, como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código Civil”.

³⁷⁹ Resolución de la DGRN, de 14 de junio de 2019, en su F. J. 3º. p.4, manifiesta: “En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la nota de calificación del registrador del primero de los defectos, confirmándose en cuanto al segundo de los mismos”.

³⁸⁰ ROCA SASTRE, R. M.: op. cit., págs. 203 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: op. cit., págs. 16 y ss.; la RDGRN, de 14 de febrero de 2019, en su F. J. 2º p.5, se pronuncia: “Como afirmó esta Dirección general en Resolución de 2 de agosto de 2016, cuando la legítima es *pars hereditatis*, *pars bonorum* o *pars valoris bonorum*, el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota, puede interponer el juicio de testamentaria y participar en la partición hereditaria si el testador no lo hubiere efectuado por sí mismo ni la hubiere encomendado a contador-partidor”.

³⁸¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, págs. 43 y 44.

legitimario expresándolo con palabras comunes³⁸². Por lo tanto, podemos penetrar en la interpretación sin el peso de tener que salvar, como sucedía en el Derecho anterior, la voluntad del testador en la medida de lo posible, por el *favor testamenti*, aun a costa de forzarla en el sentido que permitiera mantener su validez. Al no ser preciso instituir herederos a los legitimarios y al ser posible atribuir la legítima por cualquier título³⁸³ podemos penetrar en la averiguación de aquella voluntad sin temor de que la calificación invalide su contenido”.

Para comenzar, será procedente agotar el tenor del testamento, conforme a lo establecido en el art. 675.1 CC, para inducir en cuanto sea posible la verdadera intención del testador³⁸⁴. Pero sí con dicho tenor no es posible esclarecerla, será el contenido asignado, lo determinante de la solución del problema que hemos planteado, conforme a lo previsto en los arts. 660 a 668 CC. Si la legítima es *pars bonorum*³⁸⁵, dado que, según lo establecido por el art. 818 CC, es un activo líquido, su contenido no es una parte alícuota de la herencia, que estaría integrada por activo y pasivo, ni tampoco una adquisición a título universal.

La concurrencia a favor del legitimario de la reserva de la porción de bienes definida en el art. 806 CC y de la atribución de la legítima verificada a su favor por el causante, por cualquier título, ha ocasionado diferentes explicaciones de esa concurrencia, que repercuten de modo práctico en la posible alternativa de rechazar la atribución testamentaria y de aceptar la legítima³⁸⁶.

En el actual régimen del CC, como es conocido, no es preciso instituir heredero a un legitimario para que el testador no incida en preterición. Esta es una diferencia

³⁸² Por esta razón, si las palabras comunes llamaban a un heredero forzoso, no faltó quien incluso cuando iban referidas a una cosa cierta, o especie o cantidad determinada, pretendieran que significaba institución, y ese criterio fue casi unánime cuando eran referidas a cuota o parte proporcional de herencia.

³⁸³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de protección en los derechos civiles españoles >>, en ADC, Vol. 20, núm.1, 1967, págs. 10 y ss.

³⁸⁴ RDGRN, Sección Tercera, de 12 de junio de 2014, BOE núm. 183, de 29 de julio de 2014, en su F. J. 6º p.5, dice: “Pero, en cualquier caso, en el supuesto de tratarse de normas de la partición, las operaciones de partición no son complementarias sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del artículo 1057 del Código Civil. Así pues, sentado que la testadora, en este caso, no hizo la partición, sino que estableció normas particionales para hacerla, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, la intervención de todos los legitimarios en la partición, es inexcusable”.

³⁸⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Contenido cualitativo de la legítima >>, en ADC, Vol. XXIII, núm. I, enero-marzo, 1970, págs. 35 y ss.

³⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Atribución >>, op. cit., pág. 45.

esencial con relación al Derecho anterior: en la actualidad, si se atribuye la legítima a título de legado no existe preterición³⁸⁷.

Por otra parte, entre los primeros comentaristas del CC, se llegó a plantear y se rechazó que el legitimario a quien nada se le hubiese dejado en el testamento por título alguno, pudiese considerarse preterido si el causante le hubiese favorecido con alguna donación³⁸⁸. A la inversa también se ha propugnado que el art. 815 CC, se refiere sólo a disposiciones mortis causa del testador, pero no a las otorgadas por actos inter vivos, por consiguiente, al así beneficiado es necesario que se le deje algo en el testamento³⁸⁹ o, incluso que se instituya heredero³⁹⁰, para que no se produzca su preterición.

En el régimen anterior al CC, a pesar de la necesidad de instituir herederos a los descendientes y ascendientes legitimarios – de ahí su denominación de herederos forzosos –, la legítima podía ser plenamente cubierta con donaciones y dotes, si su imputación la cubría, y que el testamento podía liberarse del defecto de la preterición a través de la institución del donatario en la cosa donada u objeto de su dote o simplemente con una genérica institución que resultase cubierta con la imputación de dicha donación o dote. Con dichas soluciones el testamento otorgado podía quedar libre de la citada preterición.

Por otra parte, hay que tener presente, hoy día, la diferencia entre la donación *mortis causa*, que no transmite el dominio en vida del donante, se rige por las reglas relativas a la sucesión testamentaria y es revocable, no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad, y la donación *inter vivos post mortem* que sí procede³⁹¹.

³⁸⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << El deber formal>>, op. cit., págs. 10 y ss.

³⁸⁸ MANRESA NAVARRO, J. M.: op. cit., págs. 357 y ss. Otros estimaron, entre ellos ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, Vol. V, Madrid, 1970, pág. 483, que: “No debe existir preterición, aunque en el testamento nada se dejase al legitimario a título de herencia ni de legado, si hubiese sido favorecido por aquél con donaciones, supuesto en el cual éste únicamente tendrá derecho al complemento, en su caso, conforme al art. 815 CC”.

³⁸⁹ PÉREZ ARDÁ, E.: op. cit., págs. 253 y ss.

³⁹⁰ OTERO Y VALENTÍN, J.: *Anticipo legítima*, Valladolid, 1914, pág. 82.

³⁹¹ RDGRN, Sección Tercera, de 20 de febrero de 2017, BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017, en su F. J. 2º p.2, manifiesta: “En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código civil, conforme al artículo 620 del mismo, la donación *mortis causa* se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no trasmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la donación *inter vivos, post mortem*, es inscribible en el Registro”.

Para llevar a cabo un correcto planteamiento de la cuestión se requiere distinguir si un testamento se haya viciado de preterición³⁹² de una parte, y, de otra, la de si la legítima puede satisfacerse con donaciones³⁹³.

Lo mismo sucede, a nuestro juicio, con el sistema del CC, con la única diferencia de que no es necesario instituir heredero al legitimario, siendo suficiente para no preterirle con citarle, aunque sólo sea para indicar que nada se le deja puesto que con donaciones o dote que ha adquirido ha sido cubierta su legítima. No obstante, también, de que, aun incurriendo el testador en preterición, la legítima del donatario preterido le resulte cubierta por la donación o dote, como sucedía en el régimen anterior con las donaciones que se imputaban a la legítima y que previene el CC³⁹⁴.

Por lo expuesto, podemos concluir, como mantiene VALLET DE GOYTISOLO³⁹⁵ que: “La legítima puede ser cubierta íntegramente con donaciones o dotes³⁹⁶. Sin perjuicio de que el testador no haya incurrido en preterición y, en ese caso, nada podrá reclamar el legitimario, cuando cuantitativamente lo a él donado cubra su legítima, o únicamente podrá pedir el complemento de la misma, en el supuesto de como indica el art. 815 CC, el testador le haya dejado, por cualquier título, menos de la legítima que le corresponda.

³⁹² La STS 339/2015, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3154/2015, de 23 de junio de 2015, en su F. J. 3º.2 p.3, dice: “Así, en primer lugar, tal y como esta Sala ha señalado en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 – núm. 695/2014 -, a propósito de la ineficacia testamentaria por la preterición de un heredero forzoso – art. 814 CC -, debe tenerse en cuenta que, pese al tenor literal del precepto, la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde, más bien, a la dinámica de las acciones o medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima”. PUIG BRUTAU, J.: << Fundamentos>, op. cit., pág. 205, dice: “Probablemente no sería aventurado hacer una crítica humana de esta sentencia comprendiendo y respetando la voluntad del testador que quiso favorecer en su vida a su hija natural y después sin referirse a esta cuestión por razones sumamente comprensibles, instituir en testamento a su esposa”.

³⁹³ Nótese que esta distinción la observan, entre otros, los autores PÉREZ ARDÁ y OTERO VALENTÍN antes citados.

³⁹⁴ Art. 819.p.1: “Las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán a su legítima”.

³⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Atribución,>>, op. cit., págs. 54 y 55.

³⁹⁶ STS 375/2019, Sala de lo Civil, ROJ STS 2179/2019, de 27 de junio de 2019, en su F. J. 3º p.3, manifiesta: según el artículo 819 CC: “Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la parte libre de que el testador hubiera podido disponer por su última voluntad. En cuanto fuesen inoficiosas o excedieren de la parte disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”.

Haya incurrido en preterición, y, por consiguiente, sea anulada la institución de heredero, supuesto en el cual el preterido tendrá derecho a su cuota intestada, mermada en cuanto las mejoras y mandas válidamente dispuestas por el testador afecten a su base de cálculo, pero a su haber se le imputarán, conforme al art. 820.1 CC, en primer término la dote o donaciones recibidas, que no sólo podrán cubrir su legítima, sino incluso una porción mayor o la totalidad que le corresponda”.

AL mencionar los casos en los que el testador haya incurrido o no en preterición, habrá que tener presente los efectos que sobre ésta tiene la reforma del CC de 13 de mayo de 1981, consecuencia, fundamentalmente, de un mandato de la CE, en sus arts. 14 y 39. Al respecto VALLET DE GOYTISOLO³⁹⁷ manifiesta: “Observando la nueva redacción del art. 814 CC se nota que los redactores del proyecto de reforma no dejaron de considerar la gravedad de los efectos de la preterición en relación con la ampliación de las categorías de legitimarios, al incluir los hijos adulterinos, y trataron de atenuar los efectos de aquélla, incluso a los mínimos, en los supuestos en que les pareció más equitativa y adecuada esa atenuación”.

³⁹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. III, 2ª edición, Madrid, Montecorvo, 1992, pág. 604.

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD DE TESTAR EN DERECHO SUCESORIO FORAL O AUTONÓMICO

INTRODUCCIÓN

De los territorios españoles que quedan al margen del Derecho sucesorio común y, por tanto, con competencias en Derecho civil propio en materia de sucesiones, vamos a comentar la libertad de testar, el sistema de legítimas y los legitimarios que tienen o deberían tener derecho a ellas, de cada uno de dichos territorios, con el fin de relacionarlo con el contenido del CC, en materia de sucesiones, que representa el Derecho sucesorio común.

En el presente Capítulo se expone lo más significativo de Derecho de sucesiones, que existe en cada uno de los territorios españoles que poseen competencia legislativa para ello.

La citada exposición se lleva a cabo en orden de la mayor a menor antigüedad de la normativa vigente en cada territorio que mencionamos: Islas Baleares; Galicia; Cataluña; Aragón; País Vasco y Navarra.

Sin que tengan que ser idénticas las materias que se consideren de mayor interés en cada uno de los territorios, no obstante, sí aparecerán en todos ellos, por ser fundamentales para determinar el grado de libertad de testar, la legítima y los legitimarios.

Respecto de las legítimas, cabe destacar: la vigente en las Islas Baleares, cuya cuota es función del número de legitimarios, de lo que somos partidarios; la establecida en Galicia, exclusiva para los descendientes; la vigente en Cataluña, distinguida por su debilidad; la colectiva aragonesa, de amplio poder de distribución entre sólo los descendientes; la nueva legítima vasca, que en los territorios donde corresponda, es sobrepasada por los derechos troncales, y la legítima formal de Navarra.

Con relación a los legitimarios, recordar que la tendencia, en general, es que sólo lo son, o lo serán los descendientes del causante, puesto que, en ausencia de la línea

descendiente, en la ascendiente, o ya no existen, como en Galicia, Aragón, y País Vasco, o está limitada sólo a los padres, como sucede en Cataluña y en Islas Baleares.

Finalmente, se le dedica un breve análisis al Derecho sucesorio navarro, en particular, a su legítima formal, al usufructo del cónyuge viudo y a los pactos o contratos sucesorios permitidos en Navarra.

I.- EL DERECHO SUCESORIO EN LAS ISLAS BALEARES

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares – CDCIB -, vigente desde el 22 de octubre de 1990.

Como es bien conocido, la CDCIB tiene una estructura muy peculiar que pone de manifiesto la voluntad del legislador balear de dejar constancia de la existencia de un Derecho distinto en cada una de las islas. Así que, además de un Título Preliminar común, la Compilación se estructura en tres Libros. El Libro I contiene las normas que deben aplicarse en la isla de Mallorca. El Libro II se dedica a las disposiciones aplicables en la isla de Menorca y el Libro III contiene, sin embargo, las normas aplicables, indistintamente, en las islas de Ibiza y Formentera.

A.-LOS LEGITIMARIOS Y LA LEGÍTIMA EN MALLORCA Y MENORCA

Comenzaremos por referirnos a los legitimarios y a la legítima tal y como se regulan en el Libro I. Esto es, a la legítima en las sucesiones cuyos causantes, a su fallecimiento, tuvieran vecindad civil mallorquina o menorquina, así como a los legitimarios con derecho a percibirla.

De acuerdo con el art. 41 CDCIB, son legitimarios: *“1º Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos. 2º Los padres, por naturaleza o adopción. 3º El cónyuge viudo”*.

Respecto de las personas mencionadas, el art. 43 CDCIB informa que son legitimarios: *“1º En la sucesión del hijo matrimonial, sus padres. 2º En la del hijo no*

matrimonial, los padres que le hubieren reconocido o hayan sido judicialmente declarados como tales. 3º En la del hijo adoptivo, los padres adoptantes”.

Con respecto a la cuota legitimaria, el art. 42 CDCIB establece: *“Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número”.* Esta novedad nos produce gran satisfacción, ya que somos partidarios de que la porción legitimaria debería de ser, en todos los ordenamientos sucesorios españoles, función del número de legitimarios, como establece la CDCIB.

Respecto de los ascendientes, a falta de legitimarios en la línea descendiente, el art. 43 establece: *“Constituye su legítima la cuarta parte del haber hereditario. Concurriendo ambos padres se dividirá entre ellos por mitad y si alguno hubiera premuerto corresponderá íntegra al sobreviviente”.*

Se ha comentado la peculiar estructura de nuestra compilación que explicamos en base a la inexistencia de un derecho aplicable en todas las islas. Pues resulta que, precisamente, la legítima, sobre la que suelen pronunciarse los Tribunales³⁹⁸, es una de las instituciones en la que puede observarse la diversidad a la que nos hemos referido. Mientras en la regulación de Mallorca y Menorca, como después veremos, queda configurada como una *pars bonorum*³⁹⁹, en el caso de Ibiza y Formentera, de acuerdo con el art. 82.1 CDCIB, se configura como una *pars valoris bonorum*⁴⁰⁰.

En el ordenamiento balear, a diferencia de otros sistemas jurídicos, la legítima no se concibe como una limitación al poder de disposición del causante, sino como un derecho del legitimario. En la sucesión de su causante, la legítima confiere a los legitimarios un derecho sobre una parte del haber hereditario en la cuantía que resulta

³⁹⁸ STSJ BAL 2/2013, Sección Primera, ROJ:STJ BAL 469/2013, de 6 de mayo de 2013, en su F. J. 4º p.8, manifiesta: *“Por otra parte el que se atribuyera su legítima a título, particular, de legado y no a título, universal, de heredero no hace, como se pretende, que estemos ante el legado de cosa específica y determinada propia del testador, que determina que el legado adquiera su propiedad desde que aquél muere – artículo 882 del CC – y que el heredero deba dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo – artículo 886 del CC –”.*

³⁹⁹ Como un derecho sobre una parte de los bienes hereditarios.

⁴⁰⁰ Como el derecho a obtener un valor sobre el patrimonio relicto, a satisfacer en bienes de la herencia o en dinero.

de aplicar el tipo o cuota tasada por la ley sobre el importe líquido de la herencia. Es el concepto de legítima que establece la CDCIB⁴⁰¹. Las normas que regulan la legítima son de carácter imperativo, de manera que no existe margen a la autonomía de la voluntad. Se trata de un derecho de contenido patrimonial, cuyo objeto son los bienes de la herencia.

1.- La naturaleza jurídica de la legítima

Con respecto a la naturaleza de la legítima mallorquina, se considera, como antes se ha mencionado, como una *pars bonorum*, o sea, como el derecho sobre una parte del haber hereditario.

Tal configuración ha quedado reflejada en los arts. 42, 43 y 45 CDCIB, en los que se indica que la cuota es siempre de una parte del haber hereditario. Sin embargo, es en el art. 48 CDCIB donde se aprecia con mayor claridad: *“la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario, y debe ser pagada en bienes de la herencia”*.

Las consecuencias más relevantes de la configuración de la legítima como *pars bonorum* es que el derecho del legitimario recae sobre todos y cada uno de los bienes del caudal; aparece como cotitular de los bienes que corresponden al caudal relicto. Dicha cualidad origina que deba concurrir en la adjudicación y partición de la herencia, de manera que, en ausencia de su consentimiento o aceptación, no será posible la partición negocial. Por lo tanto, se impone la intervención del legitimario en la partición, puesto que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que, lógicamente, ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima⁴⁰².

Como se ha puesto de manifiesto, en el art. 48 CDCIB, configurada la legítima como *pars bonorum*, se señala que ésta deberá pagarse en bienes de la herencia. El pago en bienes de la herencia está motivado por la naturaleza que se atribuye y se enuncia como la regla general. No obstante, en el ya mencionado art. 48 CDCIB, en su primer

⁴⁰¹ Art. 48 CDCIB: *“la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario”*.

⁴⁰² RDGRN, Sección Tercera, de 25 de febrero de 2008, BOE núm. 65, de 15 de marzo de 2008, en su F. J. 2º p.2, dice: *“En efecto, la legítima en nuestro Derecho común – y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán – se configura generalmente como una pars bonorum, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario ...”*.

párrafo, se prevé la posibilidad de que el pago pueda hacerse, además, en metálico, aunque teniendo en cuenta su aparente carácter excepcional, tal posibilidad ha de ser autorizada por el causante y, en el supuesto de que éste no lo hubiese prohibido, también puede autorizarla el heredero distribuidor, el pago de la legítima en dinero, aunque no lo hubiese en la herencia.

Como manifiesta VILA RIBAS⁴⁰³: “Lo que se presenta como excepción, no es así en la realidad ya que cada vez es más frecuente que tal posibilidad se incorpore al testamento, convirtiéndose la autorización para pagar en metálico, en un instrumento eficaz tendente a evitar el bloqueo o la judicialización de la partición por parte del, o de los legitimarios descontentos con las disposiciones del causante”. Con todo, no fue esta la razón por la que el legislador incluyó la posibilidad de pago en metálico. Como se dice en la Exposición de Motivos de la CDCIB, tal posibilidad “contribuirá a la conservación del patrimonio familiar, evitando la atomización que la vigente normativa comportaba”.

2.- La atribución de la Legítima

Con relación a la atribución de la legítima, el causante goza de la facultad de concretar el contenido de la misma en determinados bienes. Atribuir por cualquier título, como indica la CDCIB⁴⁰⁴. El causante puede cumplir, voluntariamente, con su deber legal de satisfacer la legítima, de acuerdo con el art. 48.7 CDCIB, mediante diferentes modos de atribución: “la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte legitimario implicarán atribución de legítima”⁴⁰⁵.

Cuando el testador toma la decisión de instituir heredero a un legitimario la ley concibe que está cumpliendo, además, con su deber legal de atribuirle la legítima por concurrir en éste tal cualidad.

Este caso corresponde a la voluntad del testador de nombrar heredero a su legitimario; se trata de un reconocimiento de esta doble cualidad de heredero y de

⁴⁰³ VILA RIBAS, C. y OTROS: << La legítima en el Derecho civil de las Islas Baleares >>, en *Tratado de Legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, pág. 294.

⁴⁰⁴ Arts. 47.1 y 48.7 CDCIB.

⁴⁰⁵ Se imputarán en favor de ella, siempre que el causante no disponga lo contrario.

legitimario; por lo tanto, el efecto adquisitivo patrimonial a título de heredero debe incluir la porción legitimaria total porque se imputa, asimismo, a los mencionados derechos.

Si lo atribuido resulta inferior a lo que le podría corresponder, el heredero podrá, por ser también legitimario, ejercitar la *actio ad supplendam legitimam*⁴⁰⁶, con el fin de evitar la *querella inofficiosi testamenti*. Es decir, tiene derecho a complementar su legítima hasta alcanzar su porción individual. Por el contrario, si a título de heredero ha recibido bienes suficientes para alcanzar su cuota legitimaria, salvo disposición en contra del causante, de acuerdo con el art. 48.7 CDCIB, no podrá ejercitar la acción de petición de legítima; porque la imputación legal de la atribución patrimonial que recibe por el título voluntario de heredero la ley concibe que lo es, también, a título de legitimario.

Otro título para atribuir la porción legitimaria individual es el legado, permitido por la CDCIB⁴⁰⁷. Este título jurídico atributivo incluye tanto el legado de legítima, como el legado simple de legítima, que siendo éste un título apropiado para atribuir la legítima no es el caso a que se refiere el art. 48.7 CDCIB. La distinción, entre ambos, se funda en que el objeto del legado simple de legítima es la destinación del *quantum* estricto que por legítima corresponde a los legitimarios, tras ser individualizada.

Es una forma habitual que el testador utiliza para ordenar el pago de la legítima y permite al legitimario ejercitar tanto la acción de petición de su legítima individual, como renunciar al legado simple de legítima que lleva consigo su renuncia a los derechos legitimarios. Por el contrario, en el caso de atribuir el causante un legado a quien sea su legitimario origina, *ex lege*, una forma de cumplir con el deber legal que tiene con éste, por la razón de que el propio causante o la ley imputa el legado a la satisfacción de los derechos legitimarios. No obstante, estos legados pierden el carácter de legados en pago de legítima en el supuesto de que el testador expresamente lo diga, ya que así lo dispone la CDCIB⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Que fue regulada por el emperador Justiniano.

⁴⁰⁷ STSJ BAL 4/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ BAL 1044/2018, de 13 de diciembre de 2018, en su F. J. 4º p.1, manifiesta: “Desde otro ángulo de visión es esencial destacar que, a través de tales legados de cosa específica a sus legitimarios, el causante asignó o distribuyó sus bienes y derechos entre ellos en pago de las legítimas y que esta distribución o asignación goza de idéntica protección”.

⁴⁰⁸ Art. 48.7 CDCIB.

La asignación o distribución de bienes imputados a su pago, es otra forma de satisfacer la legítima, que incorporó expresamente la CDCIB. En la distribución o asignación de bienes que tienen por finalidad satisfacer la legítima, deben distinguirse dos situaciones, la de un sistema de partición hereditaria en la que son exigibles determinados requisitos⁴⁰⁹ y la partición realizada por el testador⁴¹⁰.

Otra forma de atribuir la legítima es por medio de la donación; a ello se refiere el art. 48.7 CDCIB. La *donatio inter vivos*, como la *mortis causa*, es un título idóneo para la atribución de los derechos legitimarios. Asimismo, lo es, la donación universal de bienes presentes y futuros en Mallorca⁴¹¹ y en Ibiza y Formentera⁴¹², y no en Menorca⁴¹³, si en el donatario universal concurre la cualidad de futuro legítimo.

Porque la donación universal, por una parte, es un fundamento de deferirse la sucesión, conforme al art. 6 CDCIB, y otorga al donatario el título de heredero *ex lege* conforme al art. 8 CDCIB. Lo percibido por donación universal como heredero se imputa a sus derechos legitimarios. Pero, de la donación universal derivan dos títulos⁴¹⁴, el de donatario y el de heredero.

La donación, como negocio jurídico *inter vivos*, “le transmite los bienes presentes incluidos en ella”, porque “la donación universal es valedora de presente e irrevocable”, de acuerdo con la CDCIB⁴¹⁵. Y los bienes adquiridos a título de donatario se imputan a sus derechos legitimarios futuros.

Así, la STS 375/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2179/2019, de 27 de junio de 2019, nos aclara el sentido de la donación⁴¹⁶.

⁴⁰⁹ Como informa el art. 1061 CC: “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”.

⁴¹⁰ Art. 1056.p.1 CC: “Cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”.

⁴¹¹ Art. 8 CDCIB.

⁴¹² Art. 73.3 CDCIB.

⁴¹³ Art. 65 CDCIB.

⁴¹⁴ FERRER VANRELL, M. P.: << Los pactos sucesorios en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares >>, en *Tratado de Sucesiones*, Tomo I, directora: M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, Pamplona, Thomson-Civitas, 2011, págs. 1397 y ss.

⁴¹⁵ Arts. 8.1 y 2 CDCIB, respectivamente.

⁴¹⁶ En su F. J, 3º p.3, manifiesta: “Según el art. 819 CC, las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán a la

La imputación resulta ser un mecanismo legal; la ley se pronuncia en el sentido de que los modos de atribución comentados deben entenderse como acto de satisfacción del derecho legitimario; es el causante, el único que puede neutralizar este valor de imputación a la legítima, de la atribución efectuada, por el título correspondiente.

B.- LOS LEGITIMARIOS Y LA LEGÍTIMA DE IBIZA Y FORMENTERA

A partir de la Compilación de 1960, ya existía en las Islas Baleares un derecho civil propio de Mallorca, al que se dedicaba el Título I; de Menorca, al que se le dedicaba el Título II; y de Ibiza y Formentera, al que se dedicaba el Título III.

Esa situación supuso un giro radical con lo que había venido sucediendo desde que, en 1881, Pedro Ripoll Palou redactara la Memoria sobre las instituciones del Derecho civil de las Islas Baleares y donde se planteaba como un todo unitario el Derecho civil propio del archipiélago, y se hacían especiales menciones a las instituciones propias de cada isla⁴¹⁷. Por Ley 5/1961, de 19 de abril, se aprueba el Libro III de la Compilación del Derecho especial de Baleares⁴¹⁸.

Pasado el tiempo, se procede a la reforma de la Compilación de 1961, a través de la Ley 8/1990, de 28 de junio, en cuya Exposición de Motivos, relacionado con la legítima de las Islas de Ibiza y Formentera, dentro del título de las sucesiones – arts. 69 a 84 - el Capítulo VI se refiere a las legítimas, objeto de modificaciones importantes, en el sentido de fijar quienes son legitimarios, la referencia a la legítima de los padres supliendo un vacío legal actual, la concreción de los derechos y obligaciones de la persona obligada al pago de la legítima, la reordenación de toda la confusa normativa actual, la regulación clara de los derechos del legitimario, y las causas de extinción de la

parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes”.

⁴¹⁷ La Exposición de Motivos de la Compilación de 1961 mencionaba: “Hasta ahora sólo habían tenido consideración singular los heredamientos pactados a favor de los hijos nacederos, en las capitulaciones matrimoniales típicas de aquellas Islas, estimándose sus restantes instituciones identificadas con las mallorquinas y sometiéndolas, en consecuencia, al mismo tratamiento legal”.

⁴¹⁸ La Exposición de Motivos explica el sentido de la modificación: “Con ello se reconoce la vigencia actual de un estado de derecho consuetudinario, transmitido de generación en generación, existente en las Islas de Ibiza y Formentera, constitutivo de un estatuto propio y que, salvo en contadas instituciones, se orienta acusadamente hacia la unificación de las normas del Código civil”.

legítima con la referencia a la prescripción de la acción del legitimario”⁴¹⁹. En definitiva, la Ley 5/1961, de 19 de abril y la Ley 8/1990, de 28 de junio, fueron la antesala del Texto Refundido, de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, vigente a través del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

Por otra parte, y de acuerdo con el art. 79 CDCIB, son legitimarios: *“1º Los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; 2º Los padres, por naturaleza y adopción”*. Este mismo precepto informa sobre la legítima, en el sentido siguiente; *“La legítima de los descendientes está constituida por la tercera parte del haber hereditario si fuesen cuatro o menos de cuatro, y por la mitad de la herencia si excediesen de este número. Los hijos se contarán por cabezas y los demás descendientes por estirpes. Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición”*.

Asimismo, el art. 79 CDCIB, se refiere a la legítima de los padres en el sentido siguientes: *“La legítima de los padres se regirá por los artículos 809 y párrafo 1º del 810 del Código civil, en cuanto no contradigan lo preceptuado en este Capítulo”*.

Respecto de los legitimarios, se echa de menos alguna fórmula que deje claro que se trata de dos grupos de legitimarios que se consideran de manera sucesiva y no cumulativa⁴²⁰, puesto que cuando se afirma la condición legitimaria de los padres no se indica que se consideran “en defecto” de hijos y descendientes.

De cualquier manera, esa omisión puede quedar subsanada merced al hecho de que la CDCIB⁴²¹ aclara que en el caso de que los legitimarios sean hijos o descendientes, *“las dos terceras partes, en el supuesto de que el número de legitimarios sea de cuatro o inferior a cuatro, o la mitad en el caso de que lo supere, según los casos, serán de libre disposición”*, por lo que no es posible la concurrencia de los padres en la parte que exceda de la legítima de los hijos en esa misma condición.

⁴¹⁹ CERDA GIMENO, J.: << Arts. 79 a 83 >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. III, Madrid, Edersa, 2000, pág. 102.

⁴²⁰ Como puede observarse, en el Libro I CDCIB, en su art. 41 se establece que *“son legitimarios en los términos que resultan de los artículos siguientes”* y en el artículo 43, cuando alude a la legítima de los padres, señala que *“a falta de las personas enumeradas en el artículo anterior – hijos y descendientes -, son legitimarios”*.

⁴²¹ Art. 79.2 CDCIB.

1.- La naturaleza jurídica de la legítima

En las islas de Ibiza y Formentera, como en las demás islas, se sigue el sistema de legítima material, comprendida como una porción de bienes de la que no puede disponer el causante por haberla reservado la ley a favor de determinados parientes⁴²².

No obstante, lo que la distingue es su contenido, ya que mientras en Mallorca y Menorca la legítima constituye una *pars bonorum*, que concede un derecho a una parte o cuota de los bienes relictos de manera que el legitimario es cotitular de los mismos, como anteriormente se ha indicado, para Ibiza y Formentera se configura como una *pars valoris bonorum*. Se refiere ROCA SASTRE⁴²³, a este tipo afirmando que la legítima es la titularidad sobre el valor que surge de modo independiente, o autónomo, atribuyéndola en principio la ley a los legitimarios; por ello la legítima tiene la naturaleza jurídica de un derecho real de realización de valor que afecta a modo de carga o gravamen a todo el patrimonio hereditario.

En relación a ésta última idea, ROCA I TRIAS⁴²⁴ entiende que: “la legítima es una de las formas de vocación legal; el legitimario adquiere un título que es la legítima para adquirir un determinado valor sobre los bienes hereditarios porque la ley se lo reconoce, tanto en su configuración como en su contenido. Pero lo que atribuye la ley es un derecho real, cosa no imposible, porque también lo realiza con el cónyuge viudo al reconocerle el derecho de usufructo en la sucesión intestada.

Por todo ello debe decirse que el legitimario es más que un acreedor, ya que ostenta la titularidad sobre un derecho real de realización de valor que le faculta para perseguir los bienes hereditarios hasta obtener la satisfacción de su derecho, sea quien sea el que los adquiera. Por ello no se trata de que la legítima sea un crédito garantizado con un derecho real de realización de valor, sino que la legítima misma es un derecho real”.

⁴²² MIQUEL GOZÁLEZ, J. M.: << Legítima material >>, op. cit., págs. 493 a 560.

⁴²³ ROCA SASTRE, R. M.: << La naturaleza jurídica >>, op. cit., pág. 203, partiendo de la idea de que el propietario de un objeto no lo es sólo de la cosa como entidad física, sino que debe separarse esta titularidad de la del valor en cambio de dicha cosa, es decir, que le corresponde una titularidad desdoblada: la cosa en sí misma y su valor en cambio; por ello afirma que la legítima tiene la naturaleza de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas.

⁴²⁴ ROCA I TRIAS, E.: << comentarios >>, op. cit., art. 122 CCC.

El art. 82.1 CDCIB informa que se trata de una atribución al legitimario de un derecho a percibir u obtener una fracción o cuota de valor del patrimonio relictivo, y que la persona facultada al efecto podrá decidir satisfacción en dinero, aunque no sea hereditario, o con bienes de la herencia, correspondiendo a los legitimarios una acción real, por existir una afección real sobre todos los bienes de la herencia en garantía del pago de la misma⁴²⁵.

2.- La atribución de la legítima

Están al alcance una pluralidad de actos o negocios específicos a través de los que se puede atribuir la legítima: 1.- Vía heredamiento; 2.- Mediante fiducia sucesoria, por delegación de facultades en el cónyuge y 3.- A través de una donación, que puede verse o no complementada con la renuncia a la legítima a través del negocio de “finiquito de legítima”⁴²⁶.

En todos los demás, se aplican las disposiciones del CC de forma supletoria, es decir, que se podrán atribuir a título de herencia o a título de legado; en bienes o en metálico⁴²⁷; por vía de donación, complementada o no con finiquito de legítima; por vía de testamento, atribuyendo la legítima a título de herencia o de legado, bien en bienes o en metálico.

Como se acaba de mencionar, el heredero o sucesor contractual que tiene la obligación de satisfacer la legítima puede hacerlo en bienes o en dinero, aunque no existiera en la herencia, salvo la posibilidad de que el testador o instituyente hubiera dispuesto lo contrario. O sea, que se trata de una regla general en la que el obligado puede decidir libremente cómo satisfacerla, mientras que en la legislación anterior sólo se abría esa posibilidad si existía una concreta previsión al respecto⁴²⁸.

⁴²⁵ CARDONA GUASCH, O.: << Lección 39: La legítima en el Libro III >>, *Lecciones de Derecho civil balear*, 3ª edición, coordinadora: M. P. FERRER VANRELL, Universidad de las Islas Baleares, 2004, pág. 446.

⁴²⁶ CARDONA GUASCH, O.: << Lecciones >>, op. cit., pág. 449.

⁴²⁷ LLODRA GRIMALT, F.: << La legítima en las illes Balears, Epígrafe I del Capítulo, La legítima y la *definitio* en las islas Baleares >>, en *Tratado de Derecho de Sucesiones II*, directora: M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, Madrid, Civitas, 2011, pág. 2102.

⁴²⁸ Hay que tener presente que, en la redacción original de la Compilación de 1961, en su art. 81, reconocía al legitimario el derecho a ver satisfecha su legítima en bienes de la herencia salvo disposición contraria del testador o instituyente o que existía pacto en contrario entre el legitimario y el obligado al pago. VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Limitaciones >>, op. cit., pág. 330.

Al tratarse de una legítima, cuya configuración es *pars valoris bonorum*, el legitimario no es coheredero ni copropietario de los bienes que forman el caudal hereditario, sino que estamos ante un acreedor de un valor patrimonial que ostenta una posición más preeminente que un acreedor normal al serle reconocido un derecho de realización de valor sobre el caudal hereditario.

A la vista de la consideración anterior, CARDONA GUASCH⁴²⁹, se refiere a la serie de derechos que asisten al obligado a satisfacer la legítima, sin tener que contar con el visto bueno de los legitimarios, entre otros, a los siguientes: 1.- Derecho a aceptar la herencia del causante; 2.- Derecho a inscribir a su nombre los bienes heredados o recibidos en donación en los registros públicos; 3.- Derecho a enajenarlos o gravarlos por cualquier título, también sin consulta al legitimario. No obstante, esa “enajenación o gravamen” lo es sin perjuicio de la afección real de la legítima y, como contrapartida, en el supuesto de enajenar bienes de la herencia, el legitimario no tiene derecho de retracto.

Sin embargo, por lo que se refiere a los deberes que tiene a su cargo, cabe citar los siguientes: En el supuesto de que, como interesado en la herencia, el legitimario ejercite la “*interrogatio in iure*” del art. 1005 CC, tendrá treinta días para aceptar o repudiar la delación; si acepta la delación, está al alcance del legitimario demandarlo reclamándole su legítima. Esta acción tiene un plazo de prescripción de treinta años, que es el que corresponde a las acciones reales en el CC⁴³⁰. Esta cuestión pone de relieve, precisamente, que el legitimario no es un simple acreedor sino, por el contrario, que, al estar todo el patrimonio hereditario afecto al pago de la legítima, se le brinda una acción real para reclamarla.

Con respecto a la posición jurídica del legitimario, la CDCIB plantea varias cuestiones: En las islas de Ibiza y Formentera se admite el finiquito de legítima, que supone un pacto sobre la legítima futura, de acuerdo con la CDCIB⁴³¹. Conforme con la

⁴²⁹ CARDONA GUASCH, O.: << Lecciones >>, op, cit., págs. 449 y 450.

⁴³⁰ Ex Art. 1963.1 CC.

⁴³¹ Art. 77 CDCIB: “Por el finiquito de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubiera hecho en vida de aquél. La cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia. En lo no convenido por las

consideración de que el legitimario es más que un simple acreedor, pero teniendo en cuenta que no es ni coheredero ni copropietario de los bienes que constituyen el caudal, establece las siguientes previsiones:

No tiene acción de petición ni de división de herencia; no tiene derecho de retracto en el supuesto de que el heredero venda bienes hereditarios. Por el contrario, si son varios los legitimarios, se les reconoce un derecho de retracto para el caso de que otro de los legitimarios ceda su derecho a la legítima a un tercero que no lo sea, conforme a la CDCIB⁴³². La legítima devengará el interés legal de su importe desde la muerte del causante, aunque el pago se efectúe en bienes hereditarios, de acuerdo con el Art. 81.3 CDCIB, ante la posibilidad de que la expectativa que posee el legitimario de ver satisfecho su derecho se retrase en el tiempo y con la intención de que el obligado a su pago actúe con diligencia en el cumplimiento de su deber.

II.- EL DERECHO SUCESORIO EN GALICIA

No obstante, el escaso eco que encuentra el Derecho sucesorio en el Preámbulo de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia – LDCG -, no cabe duda de que la regulación de las legítimas constituye una de las novedades más significativas de la nueva ley en relación con su precedente inmediata de 1995,⁴³³ hasta el punto de que se puede considerar que, por primera vez, en 2006 se ha establecido un sistema legitimario gallego completo y autónomo, muy diferente del que aún mantiene el CC, el cual, sin embargo, continúa proyectando su alargada sombra sobre aquél.⁴³⁴ No obstante, a esta LDCG, se ha opuesto el Tribunal Constitucional, por inconstitucionalidad de determinados arts. de la misma, en materia de Derecho de familia, concretamente, a lo que se refiere la regulación de dicha ley sobre adopción y autotutela. Así lo pone de

partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera”.

⁴³² Arts. 82.4, 82.3 y 82.2 CDCIB respectivamente. Previsión que resulta coherente con la consideración desfavorable que merece al legislador cualquier situación de cotitularidad no buscada de intento.

⁴³³ Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia

⁴³⁴ No solo por la existencia de remisiones expresas, como la contenida en el art. 263.4ª LDCG en materia de desheredamiento, sino por la influencia que todavía parecen tener algunos de los principios que inspiran la legítima del CC en la nueva configuración de la gallega.

manifiesto la STC 133/2017, Pleno del Tribunal, de 16 de noviembre de 2017, BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017, en su F. J. 6º p.9, indica: *“Por todo ello, a la luz de estas consideraciones y ante la ausencia de otros datos, no podemos sino constatar que no se ha acreditado de forma fehaciente por las partes interesadas, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar, en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución”*. El TC, decide en el Fallo de dicha sentencia, declarar inconstitucionales y nulos el título II – arts. 27 al 41 -, relativo a la adopción, y el título III – arts. 42 al 45 -, relativo a la autotutela, de la LDCG.

Es de destacar el interesante debate que en nuestros días se está produciendo en Europa en torno al Derecho de sucesiones, el dilema entre el más amplio reconocimiento de la libertad material de testar, por un lado, y la continuidad de un sistema de herederos forzosos, por otro, constituye, sin lugar a dudas, uno de los puntos de discusión fundamentales.⁴³⁵ En general, las reformas de los sistemas sucesorios continentales de los últimos tiempos parecen decidirse por la primera de las opciones, si bien lo hacen con intensidad y convencimiento diversos. Sin alcanzar la opción por la absoluta libertad de testar y, de una manera que puede considerarse coherente con lo que ha sido a través del tiempo la tradición jurídica gallega⁴³⁶.

La nueva LDCG supone, sin duda, un gran avance en la regulación del actual sistema legitimario, comparado con el anterior, que regulaba la Ley 4/1995, de 24 de mayo. Mientras que esta dedicaba a dicha materia seis arts. – del 146 al 151 -, del capítulo IV de su título VIII, la nueva ley dedica a la regulación de las legítimas, veinte arts. - del 238 al 257 –, del capítulo V de su título X, es decir, la regulación que la nueva

⁴³⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: << El apartamiento>>, op. cit., págs. 1397 a 1482.

⁴³⁶ Comentando la regulación de 1995, ESPINOSA DE SOTO, J. L. y GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, G.: << De las legítimas >>, en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 163, señalaban: “La práctica profesional del Derecho privado de Galicia enseguida pone de relieve que en la vieja disyuntiva entre la absoluta libertad de testar y la absoluta delación legal de la herencia, la sociedad gallega ha aceptado desde antiguo el sistema castellano de legítimas, intermedio entre aquellos dos, pero perviviendo en la tradición algunas ideas o principios procedente de la institución germánica de la *pars reservata*, que tuvo vigencia histórica en los fueros municipales: por ejemplo, tienen más o menos arraigo en el sentir popular la idea de que los hijos son naturalmente herederos – así se piensa que desheredar un hijo es dejarlo reducido a la legítima – o la costumbre que todavía se practica en el medio rural gallego de hacer la partición en vida de los padres por un acuerdo entre éstos y los hijos, acentuada por la práctica de partir conjuntamente la herencia del padre y de la madre sin distinción de los bienes por razón de su procedencia”.

LDCG dedica a las legítimas es mucho más amplia que la que le dedicaba la ley anterior de 1995.

La nueva regulación supone, en relación con la inmediatamente anterior de 1995, uno de los recorridos más largos realizados por los legisladores contemporáneos de nuestro entorno.⁴³⁷ En efecto, en el caso gallego, se ha pasado de un sistema legitimario muy amplio y bastante rígido, a otro que ha sido considerado por la doctrina como “una opción clara a favor de la libertad de testar con una fuerte disminución de la fuerza del sistema legitimario”,⁴³⁸ solución que en general muchos sectores profesionales de diversos ámbitos jurídicos consideran más adecuado para la sociedad de nuestros días. Sin embargo, no se ha llegado a una supresión total de la legítima, ya que sobre su legitimidad constitucional se plantean algunas dudas en la literatura jurídica española, que en general no es favorable a una total supresión.⁴³⁹

La continuidad de una participación forzosa de ciertos parientes próximos, principalmente los hijos, en la transmisión patrimonial *mortis causa*, es aún una constante en los derechos de nuestro entorno continental más inmediato. Esta circunstancia tiene su fundamento último en un principio de solidaridad familiar intergeneracional que, sin embargo, admite configuraciones diversas; a pesar de ello, no se debe silenciar la existencia de opiniones partidarias de encauzar esa misma solidaridad, en un futuro más o menos cercano, mediante instituciones realmente familiares, a modo de derechos de alimentos.

Con respecto al sistema legitimario que contiene la LDCG conviene recordar que la Ley 2/2006 dedica el capítulo V – arts. 238 al 266 LDCG - del Título X, relativo a la

⁴³⁷ TORRES GARCÍA, T. F.: << La legítima en el Código civil >>, en *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pág. 299, resalta el carácter novedoso, en especial del sistema legitimario, de la Ley 2/2006.

⁴³⁸ REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1018.

⁴³⁹ Mantiene sin ambages su necesaria protección constitucional con fundamento en los arts. 33.1 y 39 CE, TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítimas, legitimarios>>, op. cit., págs. 220 y 221; cuando menos reclaman una protección formal, GARCÍA RUBIO, M. P.: << Prólogo >>, al libro de M. T. MARTÍN MELÉNDEZ. *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, 2010 (b), pág. 11; no parecen entenderlo así, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: << El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte >>, en *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, 2011, pág. 2; VAQUER ALOY, A.: << La legítima en Cataluña >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica*, Tomo II, director: M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinador: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 2032.

sucesión por causa de muerte a las legítimas, que se estructura en cuatro secciones, denominadas: “Disposiciones generales”; “De la legítima de los descendientes”; “De la legítima del cónyuge viudo” y “De la preterición y desheredamiento”. No obstante, se debe señalar que la sistemática que reflejan las rúbricas no puede decirse que sea perfecta, ya que, por ejemplo, varios de los preceptos situados en sección segunda, relativa a la legítima de los descendientes, son en realidad disposiciones generales sobre las legítimas que también afectan a la del cónyuge viudo, y, por otra parte, el art. 239 o el 241 LDCG, situados entre las disposiciones generales, encajan, perfectamente, en la de la legítima de los descendientes.

Asimismo, como ya sucedía en la Ley de 1995, aunque con menos intensidad debido a la nueva configuración de la institución⁴⁴⁰, existen disposiciones legales dentro de la ley de 2006 que están fuera del capítulo de las legítimas y que, sin embargo, tienen una incidencia directa sobre su calificación jurídica. Especialmente nos parecen relevantes al respecto, los arts. 228 al 237 LDCG, que establecen el usufructo voluntario del cónyuge viudo, institución que puede suponer un gravamen a la legítima de los descendientes y que, por consiguiente, incide en la denominada intangibilidad cualitativa.

Además, puede decirse que también lo son los preceptos dedicados al pacto sucesorio recogido en los arts. 224 a 227 LDCG, por el que según el art. 224 LDCG, “quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y por su linaje, de la condición de “heredero forzoso” en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados”.

Por otra parte, llama la atención que entre los preceptos citados, 224 y 226 LDCG, utilicen el término de “heredero forzoso”, ya que del art. 224 LDCG, como se ha indicado, debido a la apartación se deduce que, quien tenga la condición de legitimario, si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, queda excluido de modo irrevocable, en la condición de “heredero forzoso” en la herencia del apartante y, del

⁴⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M. P.: << Comentario al art. 146 y ss. >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, directores: M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, Tomo 32, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1997, págs. 1141 y 1142.

art. 226 LDCG, se deduce, que será válido pactar que el legitimario quede excluido no sólo de la condición de “heredero forzoso”, sino también del llamamiento intestado. Sin embargo, se trata de no utilizar dicha expresión de “heredero forzoso” en el capítulo V, relativo a las legítimas.

También tiene su incidencia en el régimen de las legítimas el art. 282 LDCG, ubicado entre las normas de partición de la herencia, conforme al cual en la llamada partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno sólo de los causantes. En este caso, no podrán reclamarse las legítimas, de acuerdo con lo establecido por el mencionado art. 282 LDCG, hasta el fallecimiento del último de los cónyuges.

A.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

Como sucede en el régimen legitimario del CC, los mismos autores que hasta el momento actual se han ocupado de la legítima de la LDCG de 2006 consideran que esta se sitúa dentro del sistema de limitación a la libertad de disponer del causante o de reglamentación negativa o de freno⁴⁴¹. De ello procede tanto el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, como el hecho de que no pueda ser considerada como un cuarto tipo de vocación sucesoria, que se ubicaría al lado de la testada, la contractual – con los límites establecidos por la propia LDCG – y la legal.

No se deben dejar de mencionar algunos arrastres derivados del articulado de la ley del 2006 que pudieran producir confusión. Al primero de ellos, ya nos hemos referido al tratar de los preceptos correspondientes al pacto de apartamiento, ya que mencionan de forma explícita a los legitimarios como “herederos forzosos”, siendo así que, como también sucede en el CC, no lo son porque tampoco el Derecho gallego precisa de la existencia forzosa de un heredero y porque la legítima puede ser recibida

⁴⁴¹ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley de 2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Vol. II, Colegio Notarial de Galicia, Consejo General del Notariado, Madrid 2007, pág. 621; REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1025. Es de resaltar, no obstante, que estos mismos autores destacan la inspiración de la nueva construcción de la legítima en Galicia en la legítima catalana del Código de sucesiones de 1991, hoy derogado y sustituido por el Libro IV del CCC, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio. La moderna doctrina catalana sobre la materia destaca la consideración de la legítima como un derecho a favor del legitimario, más que como un límite o freno a la libertad de testar del causante.

por cualquier título, no solo por el de heredero, sino también, como reiteradamente se ha indicado, por legado y donación. Relacionado también con la apartación, los apartados, sin la condición de legitimarios, hacen número para el cálculo de la legítima.

Una segunda cuestión, si cabe menos explicable en un legislador que quiso considerar toda concepción de legítima como *pars reservata*, es la mención expresa al “llamamiento legitimario”⁴⁴² que se hace en el art. 239 LDCG y sobre el que la doctrina existente hasta la fecha no se ha pronunciado a fondo sobre esta cuestión, es decir, cabe decirse que ha pasado prácticamente de puntillas.

Parece normal considerar que se trata, simplemente, de un desliz y que ese llamamiento no existe con carácter general sino únicamente cuando ha sucedido un incumplimiento de la legítima y es reclamado por el legitimario que ha resultado perjudicado, que puede ser por preterición, desheredación injusta y cumplimiento de legítima, caso en el que sí opera un llamamiento legal a favor del legitimario perjudicado - y no de los restantes sucesores legales – en la medida del perjuicio experimentado⁴⁴³.

Puede hablarse de unanimidad en la literatura jurídica cuando llega a considerar que el legislador gallego de la Ley 2/2006 se ha decidido por una legítima que, con carácter general, es del tipo *pars valoris*⁴⁴⁴, continuando la evolución iniciada en la LDCG de 1995 donde se había consagrado como regla una legítima de naturaleza *pars valoris bonorum*⁴⁴⁵, aunque se puede decir que buena parte de la doctrina estimaba que, como es regla general en el CC, la ley anterior recogía una legítima del tipo *pars bonorum*⁴⁴⁶.

La legítima se configura hoy, según afirmación general, como un derecho de crédito frente al heredero, construida de forma principal sobre las normas reguladoras

⁴⁴² Sí se refiere a él BERMEJO PUMAR, M. M.: << El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia >>, en *RJN*, núm. 65, enero – marzo, 2008, págs. 11 a 19. La existencia en Derecho gallego de un “llamamiento legitimario legal calificado de autonómico”.

⁴⁴³ En el mismo sentido para el sistema legitimario del CC, siguiendo el criterio de LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos>>, op. cit., págs. 435 y 436; TORRES GARCÍA, T. F.: << La legítima en el Código >>, op. cit., págs. 306 y 307; TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: op. cit., pág. 1851. En cambio para el sistema gallego defiende que la vocación legal autónoma a la cuota legitimaria sólo tiene lugar en el caso de preterición intencional, BERMEJO PUMAR, M. M.: << El sistema legitimario >>, op. cit., pág. 20.

⁴⁴⁴ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 625; REBOLLEDO VARELA, A. L.: << Comentario a los arts. 238 a 252 >>, op. cit., pág. 1019.

⁴⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: << Comentario >>, op. cit., págs. 1143 y ss.

⁴⁴⁶ ESPINOSA DE SOTO, J. L. y GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, G.: op. cit., págs. 167 y ss.

de la legítima de los descendientes, se fundamenta, básicamente, en las siguientes notas legales:

a.-) El art. 240 LDCG configura el Derecho sucesorio de los legitimarios⁴⁴⁷ como el que tienen a recibir del causante “por cualquier título, una atribución patrimonial”; por consiguiente, ni es necesario que sean instituidos herederos, ni únicamente tienen que recibir la legítima a título de herencia, ni siquiera a título sucesorio, aunque sí ha de tratarse de un título gratuito, es decir, los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecida por la ley.

b.-) En el caso de la legítima de los descendientes, el art. 243 LDCG la define directamente como “la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido”.

c.-) Salvo que el testador hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos de común acuerdo pueden optar por pagarla en bienes hereditarios o en metálico, que puede ser extra hereditario; si no hay acuerdo entre los herederos habrá de pagarse en bienes hereditarios, según art. 246 LDCG.

d.-) El art. 249 LDCG ordena considerar al legitimario como un acreedor “a todos los efectos” y expresa que el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima. Este mismo precepto le permite solicitar anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad.

e.-) Si fuera precisa la reducción de legados, donaciones y otras atribuciones hechas por el causante para la satisfacción de las legítimas, los afectados por la reducción podrán evitarla entregando en metálico su importe para el pago de las legítimas, conforme al art. 251.3 LDCG.

f.-) Como mero acreedor, el legitimario – como descendiente – en una sucesión sometida al Derecho gallego con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ Sobre la consideración de la legítima como un derecho subjetivo de los legitimarios, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: op. cit., págs. 1848 y 1849, y sobre que el Título debe ser gratuito, ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 640.

⁴⁴⁸ A cuyos efectos lo relevante será la fecha del fallecimiento del causante de la sucesión, de modo que, si es anterior a la entrada en vigor de la Ley de 2006, las legítimas se regirán por la legislación anterior, aun cuando las particiones y los pagos de las legítimas que se realizan a partir de esa fecha queden

no es por el mero hecho de sustentar tal condición, cotitular del patrimonio hereditario, lo que corrobora, asimismo, el art. 244 LDCG cuando en la norma de computación del *relictum* ordena hacerlo “por el valor que tuvieran los bienes y derechos al tiempo de la muerte del causante”⁴⁴⁹, lo cual significa que el legitimario no soporta la vicisitudes derivadas del incremento o disminución del valor que pueda sufrir el patrimonio hereditario desde la apertura de la sucesión hasta el momento del pago⁴⁵⁰. Además, dicho art. 244 LDCG, informa que, para fijar la legítima, se añadirá el valor de los bienes transmitidos por el causante a título lucrativo, incluidos los dados en apartación, considerado en el momento de transmisión. Como excepción, no se computarán las liberalidades de uso.

No siendo cotitular del patrimonio hereditario, el legitimario no puede en virtud de esta condición, instar su división, lo que es coherente con el art. 782.1 LEC que sólo le reconoce legitimación activa para la interposición del juicio divisorio cuando se trate de un heredero o legatario de parte alícuota⁴⁵¹.

g.-) Con su consideración de mero derecho de crédito pagadero en dinero, la legítima gallega se sitúa en la misma senda que marcan los Derechos sucesorios europeos que han reformado la institución y que consideran esta configuración más adaptada a las necesidades sociales contemporáneas que aquellas que parten de una legítima como *pars hereditatis o pars bonorum*. La nueva configuración evita cotitularidades indeseadas que suelen ser fuentes continuas de conflictos, es más favorable para la libre circulación de los bienes, particularmente los inmuebles, y permite el mantenimiento de los negocios realizados en vida por el causante.

sometidas a la nueva regulación, tal y como expresa la Disposición Transitoria 2ª de LDCG 2006, y ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia. Entre las últimas, reconociendo otras decisiones anteriores, la STSJ GAL 30/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 7331/2011, de 30 de septiembre de 2011, en su F.J. 3º p.4, dice “Los razonamientos de la sentencia recurrida para no conservar la partición efectuada son de indudable peso pues inciden sobre elementos esenciales de la misma y por lo mismo razonables, por lo que hubieran sido en todo caso inútiles los esfuerzos de la recurrente en orden a la casación de la sentencia, de ser visibles los motivos 2º y 3º del recurso”.

⁴⁴⁹ Sin perjuicio de que el art. añade: “Dicho valor se actualizará monetariamente en el momento en que se haga el pago de la legítima”.

⁴⁵⁰ Como señala ROCA SASTRE, R. M.: << Naturaleza jurídica ...>>, op. cit., pág. 57.

⁴⁵¹ TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: << la legítima Derecho de sucesiones ... >>, op. cit., págs. 1846 a 1848.

B.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

En la literatura jurídica respecto al CC español, el tema de la intangibilidad cualitativa de la legítima se bifurca en dos cuestiones derivadas y una coda adicional. La primera de esas dos derivaciones se refiere al derecho del legitimario a recibir la *legítima in natura*; la segunda a la no existencia de gravámenes sobre la legítima, conforme al art. 813 CC, de la que se desprende a su vez la pregunta por las denominadas cautelas de opción compensatoria.

La muy diferente naturaleza de la legítima en la LDCG que, como se ha comentado, pasa a ser considerada como un simple derecho de crédito frente a la herencia. Deja sin contenido la primera de dichas bifurcaciones, y ya no tiene sentido en el vigente sistema legitimario gallego. La segunda, sin embargo, mantiene su interés, contando además con una regulación *ad hoc* en la propia ley gallega. Así, conforme al art. 241 LDCG, del que se desprende que, dejando al margen el usufructo del cónyuge viudo, ordenado por la presente ley, no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna. Si los hubiere se tendrán por no puestos.

Como dice GARCÍA RUBIO⁴⁵²: “Siendo clara la inspiración del texto reproducido en el tenor del segundo párrafo del art. 813 CC – también art.782 CC –, a los problemas derivados de su exégesis habrá de añadirse también la cuestión de si es o no aplicable en Derecho gallego la salvedad que este precepto realiza en relación con lo establecido en el art. 808 CC respecto a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

Ambos textos, autonómico y estatal, establecen la regla general que prohíbe imponer cualquier tipo de gravamen sobre la legítima, o como resulta más exacto decir, sobre los bienes – o el dinero – sobre los que esta se materialice⁴⁵³.

⁴⁵² GARCÍA RUBIO, M. P. y OTROS: << Las legítimas >>, op. cit., pág. 208.

⁴⁵³ En tal sentido, aludiendo a “los bienes atribuidos con imputación en la legítima”: LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos>>, op. cit., pág. 491; ESPINOSA DE SOTO, J. L.: << Derecho de sucesiones >>, op. cit., pág. 603, entienden que “no se refiere al derecho a la legítima, sino a los bienes en que ésta se materializa”. En dicho sentido, es más correcto técnicamente la formulación del art. 451.9 CCC, conforme al cual: “El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a ésta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas”.

Aunque los sustantivos utilizados en dichas normas para concretar el alcance de la prohibición no sean del todo coincidentes, cabe tener presente que “gravamen, condición y sustitución incluyen en el art. 813.2º CC cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que de alguna manera disminuya el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o dé lugar a cualquier obligación en relación con ella”⁴⁵⁴. Máxima amplitud que debe reconocerse también para la ley gallega.

La prohibición se dirige, fundamentalmente, al causante, que no puede realizar *ex novo* en testamento un gravamen sobre los bienes dedicados a satisfacer la legítima. Por tanto, con mayor razón, tampoco podrá hacerlo el heredero o herederos que fuesen encargados del pago.

Conviene tener presente, no obstante, que la regla no impide asignar bienes gravados para el pago de legítima, cuando dichos bienes ya lo estaban en el patrimonio del causante gravados cuando éste vivía; en este caso de existir tales gravámenes habrán de ser tenidos en cuenta en el cálculo de las legítimas, pero sin que su existencia suponga vulneración de su entidad cualitativa⁴⁵⁵. Además, parece adecuado interpretar, que la regla prohibitiva no se debe aplicar cuando suceda que la legítima se asigne inter vivos, por pacto sucesorio o por donación⁴⁵⁶, puesto que en estos casos aparecen negocios que requieren aceptación y al aceptar el que resulta favorecido lo hace con la carga, aunque después esta se tenga en cuenta para fijar la legítima.

La regla general prohibitiva tiene, no obstante, excepciones que en el supuesto del art. 241 LDCG parece limitarse, en principio, al supuesto de “el usufructo del cónyuge

⁴⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos >>, op. cit., pág. 491; sobre la falta de idoneidad de la disposición en usufructo como medio de pago de la legítima, por no concurrir el requisito de la libre disposición, y producirse por ello una lesión cualitativa de la legítima, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 1973, pág.268. A ello se refiere la STS 785/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3357/2013, de 4 de enero de 2013, en su F. J. 1, manifiesta: “*El presente caso plantea como cuestión principal, de índole sustantiva y doctrinal, la posible ineficacia de la partición practicada por el albacea contador-partidor, ya derivada de nulidad, o bien ser rescindible por lesión, en un contexto en el que la asignación o atribución del legitimario impugnante viene expresamente prevista en el testamento del causante como legado en pago de su legítima estricta*”.

⁴⁵⁵ En el mismo sentido REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1028.

⁴⁵⁶ Al respecto TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: << *Derecho de sucesiones*>>, op. cit., pág. 1861, afirman: “en el sistema del CC, que se va abriendo vía la interpretación de considerar posible la imposición de gravámenes a través de actos inter vivos”.

viudo ordenado con arreglo a la presente ley”. Puede entenderse, que la mención al usufructo del cónyuge viudo que se hace en el precepto anterior citado, lo es al usufructo voluntario y no al legal que constituye la legítima del viudo y que, como regla, recaerá sobre la parte libre y no sobre el cuarto de legítima de los descendientes⁴⁵⁷. Todo parece indicar, que esta mención no hace sino explicitar lo que ya era una regla procedente del usufructo universal del viudo de 1995⁴⁵⁸ y que sigue siendo así en la actual.

La legítima gallega, que en la actualidad es la de los descendientes de modo exclusivo, puede ser gravada con el usufructo voluntario de viudedad, de tal manera que de recaer este sobre la parte de legítima, no les será posible eludirlo a los legitimarios, quienes no podrán exigir la compensación de la disminución de valor que en su cuota legitimaria pueda implicar el gravamen con una atribución cuantitativa y proporcionalmente mayor⁴⁵⁹. Asimismo, tampoco podrán exigir nada, aunque el valor contable de la nuda propiedad con la que se paga su legítima resulte inferior al valor de la cuota legitimaria, de modo que en ese caso no le correspondería la acción de complemento prevista en el art. 247 LDCG.

Como dice ESPINOSA DE SOTO⁴⁶⁰, “a los legitimarios gravados con el usufructo viudal no les queda otra opción que pedir la constitución de fianza – art. 231 LDCG – que le garantice la percepción de su legítima cuando llegue el momento, habida cuenta de que el usufructo es un derecho temporal”⁴⁶¹.

A diferencia de lo que sucedía con la ley anterior de 1995 que no se pronunciaba sobre la cuestión⁴⁶², el art. 228 LDCG reconoce expresamente la validez, tanto del

⁴⁵⁷ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 790.

⁴⁵⁸ GARCÍA RUBIO, M. P.: << Comentario>>, op. cit., págs. 795 y 796.

⁴⁵⁹ REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1030; HERRERO OVIEDO, M.: << Reformulación del usufructo voluntario del Cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia >>, en *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo III, coordinador: J. GÓMEZ GÁLLEGO, Colegio de Registradores de España, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pág. 1613.

⁴⁶⁰ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 657.

⁴⁶¹ El propio ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 659, añade: “En cualquier caso, parece que a la luz del art. 241 de la nueva LDCG de 2006, que deja a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a la presente Ley, no debe ya ofrecer ninguna duda que el usufructo universal, por definición al ser universal, grava la legítima y no es inoficioso porque está expresamente autorizado por la ley”.

⁴⁶² La STSJ GAL 35/2003, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 6397, de 21 de noviembre de 2003. en su F. J. 2º.1, dice: “..... El testador, que había otorgado su testamento vigente la LDCG, no testó conforme a ésta y, por lo que interesa, es claro que, pudiéndolo atribuir, no atribuyó el usufructo voluntario de viudedad al

usufructo universal como del parcial. Por tanto, cabe la posibilidad de que la legítima de los descendientes pueda ser gravada, bien porque se constituya un usufructo universal a favor del viudo, bien porque se disponga a favor de éste de tres cuartas partes de la herencia – de libre disposición – y se grave la legítima con un usufructo viudal de carácter parcial, posibilidad esta última que algunos consideraban vetada con anterioridad⁴⁶³.

La Jurisprudencia del TSJG ha puesto de relieve, además, refiriéndose a la configuración de la excepción, prevista expresamente en los arts. 228 y siguientes LDCG, hace totalmente innecesario el recurso a las denominadas cautelas de opción compensatoria, utilizadas con mucha frecuencia en el sistema del CC⁴⁶⁴, en el caso de que el gravamen impuesto consiste en un usufructo a favor del viudo⁴⁶⁵, ya que con la mera aplicación de la ley se obtiene idéntico resultado sin necesidad de acudir al mecanismo de la citada cautela.

Sería posible, en cambio, considerar la utilización de la opción que consiste en compensar al legitimario en más de su legítima si acepta el gravamen impuesto sobre ella en aquellos casos en los que dicho gravamen no fuese un usufructo viudal, sino otro

que la ley gallega presta su atención en los artículos 118 a 127, ya se entienda exclusiva y específicamente admitido el universal - artículo 118.1 – o sobre la totalidad de la herencia – artículo 122 -, ya se entienda también admitido, por lo menos implícitamente, el particular o parcial pero incompatibles, tanto el uno como el otro, con el legado en pleno dominio del tercio de libre disposición al cónyuge viudo, a su vez usufructuario de las dos terceras partes indivisas restantes de la herencia del causante”.

⁴⁶³ REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1030.

⁴⁶⁴ TORRES GARCÍA T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: << Derecho de Sucesiones>>, op. cit., pág. 1860; entre las últimas sentencias en el sistema del CC, STS 339/2010, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2529/2010, de 27 de mayo de 2010, en su F. J. 2º p.2 dice: “Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta”; y STS 863/2011, Sala de lo Civil, ROJ: STS 8159/2011, de 21 de noviembre de 2011, en su F. J. 2º.2 p.2 manifiesta: “De la legítima se predica, conforme a lo expuesto, la intangibilidad cualitativa – artículo 813 del Código civil – y cuantitativa – artículo 815 del Código civil – y esta última ha de ser respetada en todo caso por el causante. Tal como dice la sentencia de 1999, si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio”; CASTÁN PÉREZ- GÓMEZ, J.: << Cautela socini y conflicto de intereses >>, en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, coordinador: P. J. GARRIDO CHAMORRO, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 1002.

⁴⁶⁵ Además, de la antes citada, la STSJ GAL, de 21 noviembre de 2003, la STSJ GAL 29/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 7332/2011, de 26 de septiembre de 2011, en su F. J. 3º.2 p.2, indica: “.... La recurrida hace suya la doctrina conforme la cual, dado que la legítima del cónyuge viudo no constituye un modo de delación autónoma, en el caso de atribución de un cónyuge al otro del usufructo universal y voluntario de viudedad, la legítima del sobreviviente queda absorbida cuantitativa y cualitativamente por dicha atribución, pero ello no implica que desaparezca la condición de legitimario del cónyuge supérstite”.

tipo de carga o limitación. La solución que generaliza las cautelas de opción compensatoria es la adoptada, por ejemplo, por el art. 451-9 CCC. El silencio que mantiene al respecto el texto gallego de 2006 no impide que existan voces que apuesten por la respuesta positiva, apelando a idénticas razones que la literatura jurídica da en relación con este tipo de cautelas en el sistema del CC.

Aunque parezca que la única excepción a la regla que prohíbe el gravamen sobre la legítima admitida en la LDCG es el usufructo viudal; no obstante, si nos proponemos realizar un rápido repaso por su articulado nos encontramos con un nuevo supuesto: el contenido del art. 282 LDCG, según el cual en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes que resulten ser comunes podrá ser pagada con bienes procedentes de uno sólo de los cónyuges, supuesto en el cual⁴⁶⁶ “no podrán reclamarse las legítimas hasta que se produzca el fallecimiento del último de los cónyuges”.

Respecto a lo anterior, no cabe la menor duda de que estaríamos ante la imposición de un término legal de naturaleza suspensiva para percibir la legítima los hijos o descendientes, por fallecimiento de uno de los cónyuges, y que no pueden evitar los legitimarios.

C.- LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

El art. 242 de la vigente LDCG, continúa la misma línea que el art. 146.3 LDCG de 1995, al establecer que: *“Salvo los casos de apartación, será nula toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión”*; por lo tanto, y con la excepción que se indica, se declara la indisponibilidad de la legítima en vida del causante de la sucesión.

El precepto reproducido guarda evidente parecido con el art. 816 CC, “art. que desde el pasado la doctrina ha relacionado con la prohibición de los contratos sucesorios contenida en el CC, prohibición que en este precepto vendría reforzada para el caso

⁴⁶⁶ Las dudas gramaticales que presenta el precepto, son solventadas por ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 665, con varios argumentos, aclarando que en este caso se está refiriendo en general al caso de que los cónyuges hayan realizado una partición conjunta de sus herencias, independientemente de que los bienes procediesen de una sociedad de gananciales o fuesen privativos.

concreto del pacto de renuncia a la legítima en vida del causante; con ello además el art. 816 CC vendría así a constituir un instrumento normativo más al servicio de los derechos imperativos e intangibles de los legitimarios”⁴⁶⁷.

Sin embargo, la relación entre el precepto de la LDCG y el del CC es más aparente que real, puesto que la excepción que contiene el art. 242 LDCG relativa al pacto de apartación elimina en realidad la prohibición del pacto de renuncia *ex ante* de la legítima, al menos en lo que se refiere al realizado entre el deudor de la legítima en su momento y quien tiene la expectativa legitimaria⁴⁶⁸, ya que en esa renuncia anticipada consiste, en esencia, el pacto de apartación.

Al margen de dicho pacto sucesorio de carácter renunciante por el que tenga la condición de legitimario, si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, quedaría excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso⁴⁶⁹ en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le fuesen adjudicados, según establece el art. 224 LDCG,

El ordenamiento gallego declara nula toda modalidad de renuncia o transacción sobre la legítima antes de la apertura de la sucesión, sin embargo, debe tenerse presente que, precisamente, el admitido es el pacto sobre renuncia más importante y característico, aparte de que constituye desde su instauración en 1995, una de las señas de identidad del Derecho civil gallego⁴⁷⁰. Por consiguiente, antes de la apertura de la sucesión no son admisibles en el Derecho gallego otro tipo de actos sobre renuncia o abdicación, sean unilaterales o bilaterales, celebrados entre el causante y el legitimario

⁴⁶⁷ La razón de la prohibición de este tipo de negocios en el seno del CC ha sido justificada por los primeros comentaristas del texto codificado tanto por las sospechas de inmoralidad, como por la imposibilidad de hacer abdicación de derechos que todavía no han sido adquiridos – MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo VI, 2ª edición, Madrid, 1903, pág. 333; LÓPEZ R GÓMEZ, N.: *Tratado teórico legal de Derecho de sucesión*, Tomo I, Madrid 1916, pág. 526; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, Vol. III, *Derecho hereditario*, Madrid, 1912, pág. 227 -.

⁴⁶⁸ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 667, “considera que en el fondo lo que está diciendo la ley gallega es todo lo contrario que el Código civil, es decir, que es nula toda renuncia o transacción sobre la legítima, salvo que se haga entre el que la debe y su heredero forzoso, de suerte que la prohibición no sería tal, sino una autorización a través de la expresión del apartamiento”.

⁴⁶⁹ Como sabemos, no deben llamarse herederos forzosos a unos legitimarios que no tienen por qué ser herederos, al configurarse la legítima como un mero derecho de crédito ante la herencia – *pars valoris* -.

⁴⁷⁰ GARCÍA RUBIO, M. P.: << El apartamiento>>, op. cit., págs. 1397 a 1481, donde se menciona cierto arraigo consuetudinario y algunos antecedentes jurisprudenciales de la institución y se pone también de relieve el interés práctico de la figura.

o por terceros, distintos del pacto de apartación, que la LDCG establece en sus artículos 224 a 227.

Queda de manifiesto la prohibición no sólo de la renuncia anticipada de la legítima, sino también otras más limitadas como podría ser la renuncia a la acción de reducción de disposiciones inoficiosas como indica el art. 252 LDCG, o a cualquier otra cuya finalidad sea la de salvaguardar los derechos futuros de los legitimarios.

Por otra parte, el art. 242 LDCG se limita a declarar la nulidad de la renuncia o transacción que no sea apartación, sin mencionar ulteriores consecuencias jurídicas. Se refiere a una nulidad absoluta, derivada de la contravención a una norma prohibitiva, por tanto, según se deduce del art. 1303 CC, obligaría a la recíproca restitución de prestaciones; por tanto, habría de restituirse a la masa lo recibido por la renuncia o transacción, con sus frutos o intereses, y el legitimario involucrado tendría a su alcance reclamar su legítima⁴⁷¹.

Sin embargo, sería más convincente, en opinión de REBOLLEDO VARELA⁴⁷², considerar aquí, la interpretación que la doctrina mayoritaria hace del art. 816 CC, que los legitimarios que hayan sobrepasado los límites establecidos por la norma podrán reclamar la legítima una vez deferida la sucesión⁴⁷³, si bien como consecuencia de la nulidad del acto de renuncia, deberán imputar a su legítima lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción. Se trata de evitar el enriquecimiento injusto que para el legitimario supondría que pudiera conservar lo recibido y además reclamar la integridad de la legítima, o que tuvieran que restituirse prestaciones recibidas que eran perfectamente hábiles para satisfacer la legítima. Todo ello, lógicamente, si el acto nulo

⁴⁷¹ Es la opinión de GALLEGO DEL CAMPO, G.: << A Lexítima no Dereito Civil de Galicia. Disposicións Xerais. A lexítima dos descendentes. Preterición e Desheredamento >>, en *Estudios sobre a Lei de Dereito Civil de Galicia. Lei 2/2006, de 14 de xuño*, coordinador: I. J. GONZÁLEZ DORREGO. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Santiago de Compostela, 2009, pág. 334.

⁴⁷² REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1032. Era también la mantenida por GARCÍA RUBIO, M.P.: << Comentario al >>, op. cit., pág. 1155.

⁴⁷³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Limitaciones >>, op. cit., pág. 1147; TORRES GARCÍA, T.F. y DOMINGUEZ LUELMO, A. << Derecho de sucesiones ... >>, op. cit., pág. 1852; por el contrario, otro sector doctrinal estima que el art. 816 CC emplea la palabra colación en el sentido de devolver lo recibido, estimando que esa devolución es presupuesto para poder exigir la legítima, entre ellos, ROCA JUAN, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2º, directores: M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABAR, Madrid, Edersa, 1989, pág. 28.

no ha sido atacado, por el causante en cualquier instante anterior a su fallecimiento, por el legitimario tanto antes como después de la sucesión, o por cualquier tercero que acredite la titularidad de un derecho o interés legítimo. Como manifiesta GARCÍA RUBIO: “Ante las discrepancias señaladas, estimamos que, para solventar adecuadamente los efectos de la realización de la renuncia o transacción anticipada prohibidas, tanto en el art. 816 CC, como en el art. 242 LDCG, preciso diferenciar dos tipos de situaciones. En primer lugar, aquellas situaciones en las que lo recibido a cambio de la renuncia o en la transacción nula pueda convalidarse como donación, porque así lo haya hecho voluntariamente el causante o cuando la atribución realizada en su día a cambio de la renuncia sea confirmada después a través de una atribución *mortis causa*. En segundo lugar, aquellos otros en los que la nulidad del acto es radical y sin mitigaciones, porque no se ha producido ninguna sanación”.

D.- LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

Con relación a los títulos de atribución de la legítima de los descendientes, se ha de indicar que, de forma general el art. 240 LDCG reconoce que “*Los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecida en la presente ley*”; precepto que unido a varios otros dispersos por la ley, permiten considerar gran cantidad de opciones válidas para satisfacer la legítima, con la única condición de que se trate de atribuciones patrimoniales gratuitas.

Según el art. 245 LDCG, la legítima puede ser atribuida a título de herencia, lo que sucederá cuando el causante por pura iniciativa y de forma voluntaria instituya heredero al legitimario o cuando la legítima se haga operativa a través de la sucesión legal.

En el supuesto de que el legitimario sea heredero, obviamente, su legítima queda subsumida por este título, y en el caso de que lo atribuido fuese insuficiente para satisfacer la legítima, tendrá a su alcance la utilización de las acciones de complemento, de acuerdo con el art. 247 LDCG, o de reducción de legados y donaciones, e incluso de pactos sucesorios según el art. 251 LDCG.

Al causante también le es posible cumplir su deber legitimario mediante uno o varios legados conforme al art. 245 LDCG. Al respecto, GARCÍA RUBIO⁴⁷⁴ manifiesta: “Entendemos que puede tratarse tanto de un legado de cosa específica y determinada propia del testador, como de un legado de parte alícuota, supuesto en el que también estaremos si lo atribuido al legitimario es lo que por legítima le corresponde. Otra cosa es la posibilidad de satisfacer la legítima a través de otro tipo de legados, como el que derivaría en el caso de los descendientes con la atribución en usufructo, que sería contraria al art. 241 LDCG-

Por su parte, la idoneidad de la atribución a través de un legado de cosa ajena, que proscribíamos como título hábil para satisfacer la legítima en el sistema de 1995⁴⁷⁵, es ahora más probable una vez generalizada la posibilidad de su pago en metálico extra hereditario, según se desprende del art. 246 LDCG⁴⁷⁶ y visto el amplio surtido de posibilidades que tiene el causante para satisfacer a sus legitimarios⁴⁷⁷. Cuando el legado o legados sean cuantitativamente insuficientes, el legitimario podrá utilizar las ya mencionadas acciones de complemento y reducción de disposiciones inoficiosas”.

El art. 245 LDCG, indica también como pago de legítima las atribuciones *inter vivos*, sean donaciones o pacto de mejora, como nos informa el art. 245 LDCG, disponiendo de las mismas acciones en defensa de sus derechos legitimarios en el supuesto de resultar insuficiente, cuantitativamente, la atribución.

Asimismo, la legítima puede ser pagada a través de las adjudicaciones particionales del testador establecidas en el art. 273 LDCG, o a través de una partición unitaria y conjunta como indica el art. 276 LDCG, supuesto en el que la legítima podrá ser pagadas con bienes de uno sólo de los cónyuges, según señala el art. 282 LDCG. También podrá ser satisfecha mediante las adjudicaciones hechas en el denominado testamento por comisario, citadas en los arts. 196 y ss. LDCG.

⁴⁷⁴ GARCÍA RUBIO. M. P. y OTRAS: << Las legítimas >>, op. cit., pág. 218.

⁴⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: << Comunicación>>, op. cit., pág. 1174.

⁴⁷⁶ Admite la posibilidad del pago a través de un legado de cosa ajena, GALLEGU DEL CAMPO, G.: op. cit., pág. 315.

⁴⁷⁷ También lo admite con variedad de argumentos ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 707.

E.- LOS LEGITIMARIOS GALLEGOS

El art. 238 LDCG dice: *“Son legitimarios: 1º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, desheredados o indignos⁴⁷⁸. 2º El cónyuge viudo no legalmente separado o de hecho”*.

Esta redacción pone de relieve de modo inmediato uno de los cambios más relevantes que han sucedido en el sistema legitimario gallego por la Ley 2/2006 en relación con su precedente de 1995 que remitía en este punto al CC⁴⁷⁹: a partir de la entrada en vigor del nuevo texto legal en el ordenamiento jurídico gallego dejan de ser legitimarios los ascendientes.

Como se deduce del citado art. 238 LDCG, lo mismo que del art. 807 CC, puede suceder que los hijos o descendientes, con patrimonios o ingresos económicos muy superiores a los que pueda poseer el futuro causante en el momento de su fallecimiento, por ser legitimarios, reclamen su legítima, y el cónyuge viudo se vea en la necesidad de desprenderse de la vivienda familiar para hacer frente al pago de la misma, ya que el causante, debido a su limitada libertad de testar, no pudo dejarle a su cónyuge los recursos que hubiese deseado. ¿“No sería más justo, a nuestro entender, que a los preceptos mencionados se les hubiese dotados de las condiciones necesarias para que los hijos y descendientes, que gozasen de dichas situaciones económicas no fuesen legitimarios”?

Por otra parte, y continuando con el nuevo precepto gallego, la citada exclusión, que en general ha sido bien recibida por la doctrina⁴⁸⁰, no ha sido acompañada de la sustitución de la legítima de los padres o ascendientes, por otro tipo de derechos sobre la herencia, ni en el supuesto de necesidad de estos, como podría haber sido un derecho de alimentos. Nos sorprende que esto haya sucedido en una Comunidad Autónoma

⁴⁷⁸ A la incapacidad para suceder por causa de indignidad, conforme al art. 756 CC, se refiere la STS 235/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1394/2018, de 23 de abril de 2018, en su F. J. 7º p.5, en la siguiente forma: *“En todo caso, aunque prescindieramos del reproche que suscita el desapego paterno, reiteramos que bastará constatar que en efecto había incumplido su obligación de dar alimentos para considerarle incapaz para suceder a su hijo”*.

⁴⁷⁹ Conforme al art. 146.2 de la LDCG de 1995, derogada por la de 2006, *“Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho cuerpo legal”*.

⁴⁸⁰ BERMEJO PUMAR, M. M.: << El sistema legitimario >>, op. cit., pág. 34.

caracterizada por el fuerte envejecimiento de su población, y donde la solidaridad familiar intergeneracional ha sido a través del tiempo una constante sociológica.

Es de rigor señalar, no obstante, que esa exclusión de los ascendientes de la categoría de legitimarios no impide que sigan siendo llamados a la herencia intestada del causante en segundo lugar, después de los descendientes y antes del cónyuge viudo, al ser aplicable en Galicia el art. 913 y concordantes del CC, por remisión expresa del art. 267 LDCG, además de que, lógicamente, pueden verse favorecidos en testamento por el causante, en aras de la libertad de testar de éste.

El cónyuge viudo será legitimario exclusivo de no haber descendientes del causante, o concurrente con estos en caso de que existan y no repudien la sucesión, ni hayan sido apartados. Es conveniente señalar que, de acuerdo con lo establecido por la Disposición Adicional Tercera LDCG, también es legitimario el conviviente de hecho que cumpla los requisitos previstos en la misma, en su versión de 2007⁴⁸¹.

Con respecto a la legítima de los descendientes, que globalmente está constituida por la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido, según establece el art. 243 LDCG, decir que será repartida entre los hijos o sus stirpes a partes iguales. Además del cambio operado en su naturaleza jurídica, llama la atención, asimismo, la reducción cuantitativa experimentada por esta legítima, que de las dos terceras partes del haber hereditario que indicaba la ley de 1995, ha pasado ahora a un cuarto de dicho haber, en el que además juegan su papel tanto el que repudia como el apartado, según el art. 239 LDCG.

Por otra parte, si nos centramos en el contenido de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, observamos que ha llevado a cabo en el ámbito de las legítimas una profunda y relevante modificación de su régimen jurídico. Así, destaca una diferencia de naturaleza cuantitativa, entre la derogada Ley 4/1995 y la hoy vigente. Lo cierto es que se ha producido una fuerte reducción de la cuantía legitimaria.

⁴⁸¹ En espera de que el Tribunal Constitucional resuelva sobre la constitucionalidad de la norma, en relación con las tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el TSJG. Mantiene, por el contrario, con argumentos que no pueden servir para enervar el mandato legal, que, a la pareja de hecho, inscrita o no, no le son aplicables las normas sobre legítimas, BERMEJO PUMAR, M. M.: << El sistema legitimario >>, op. cit., pág. 40.

Esta reducción, unida a la desaparición de la figura de la mejora, aunque esta nada tiene que ver con la establecida en el CC⁴⁸², constituye otro de los rasgos característicos de la nueva legítima gallega⁴⁸³.

Se aplica también en Galicia el principio de proximidad de grado, de modo que, habiendo hijos, no serán legitimarios los nietos, salvo en los casos de premoriencia, indignidad, o desheredación. Conviene tener presente que el tenor literal del art. 238 LDCG, que establece como legitimarios a “los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos” parece considerar a estos últimos como legitimarios por derecho propio y no por derecho de representación de su ascendiente - que sería el hijo del causante premuerto, desheredado o indigno -.

No obstante, esa apariencia de legitimarios por derecho propio, queda contradicha por otros preceptos como el art. 243 LDCG que establece que la legítima de los descendientes se dividirá entre los hijos o sus linajes⁴⁸⁴, así como por el art. 261 LDCG que considera que los descendientes del descendiente no preterido, representan a éste en la herencia y no se consideran preteridos. No continuará siendo, sin embargo, legitimario por la apartación, ni obviamente sus descendientes, según se deduce del art. 224 LDCG, si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto, así como tampoco lo son los descendientes del que ha repudiado⁴⁸⁵.

De acuerdo con las reglas generales sobre filiación, puede decirse que son también legitimarios, los hijos y descendientes en los casos previstos sin distinción de filiación, es decir, matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, según el art. 38 LDCG, aun en el supuesto de que el testamento que hace el llamamiento sucesorio hubiera sido anterior a la CE, si bien el carácter no retroactivo de ésta impide aplicar esa regla

⁴⁸² Ya que no son “mejora” en el sentido técnico previsto en el CC, ni los llamados “pactos de mejora” de los arts. 214 y ss. LDCG, ni “la mejora de labrar y poseer” de los arts. 219 y ss. LDCG.

⁴⁸³ ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 671, manifiesta que en Galicia desde la nueva ley ya no hay legítima larga y legítima corta, sino legítima y parte libre. Más aún, tomando en consideración la nueva naturaleza de la legítima como mero derecho de crédito, dicho autor señala – pág. 672 – que más que hablar de legítima y parte libre, ahora en Galicia debería de hablarse de herencia y legítima; por una parte, la herencia que es de libre disposición y por otra, la legítima, como carga en sentido meramente económico.

⁴⁸⁴ Argumento utilizado por CARBALLO FIDALGO, M.: op. cit., pág. 2150.

⁴⁸⁵ TORRES GARCÍA, T. F.: << Las legítimas >>, *Tema 24, Curso de Formación a Distancia sobre Derecho civil de Galicia*, 2010 y 2011, pág. 18.

de igualdad a las sucesiones que se hubieran abierto con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Magna⁴⁸⁶.

La aplicación en Galicia de la regla derivada del art. 29 CC significa que también son legitimarios los concebidos al tiempo de abrirse la sucesión; asimismo, lo serán los que sean concebidos *post mortem* en los términos del art. 9 LTRHA⁴⁸⁷, que permite la fecundación *post mortem*⁴⁸⁸ dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento del marido – o del hombre no casado –, con efectos de determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial que incluyen también los sucesorios. Como indican TORRES GARCÍA y DOMINGUEZ LUELMO, en este caso la propia condición de legitimario, en principio de origen legal ya que no procede la voluntad del causante, pero que se trata de un caso que puede considerarse voluntario, puesto que entre los requisitos exigidos para la determinación de la filiación por estas técnicas se requiere el consentimiento del hombre causante⁴⁸⁹.

III.- EL DERECHO SUCESORIO EN CATALUÑA

Si se trata de hallar una característica que identifique a la legítima catalana, y en particular para diferenciarla de la legítima del CC, esta es, sin duda, su tradicional debilidad. Esta característica viene determinada por dos factores diferentes: en primer lugar, su cuota, de sólo un cuarto del valor de la herencia a distribuir entre todos los sucesores con derecho a la legítima; en segundo lugar, su novedoso carácter crediticio que niega el derecho a participar en los bienes. Ambos factores tienen una larga tradición histórica.

La legítima de un cuarto aparece en la Edad Media como oposición a la legítima visigótica de los cuatro quintos de la herencia. Primero en el año 1283 se redujo a ocho decimo quintas partes y, posteriormente, en el año 1343 se convirtió a un cuarto, en virtud de un privilegio a los ciudadanos de Barcelona, quienes podían, además, pagar la

⁴⁸⁶ TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: op. cit., pág. 1853.

⁴⁸⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁴⁸⁸ También el art. 412-1.2 CCC

⁴⁸⁹ TORRES GARCÍA, T.F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: op. cit., pág. 1845.

legítima en metálico y no en bienes de la herencia, y no en el resto de Cataluña. Hasta que, más tarde, se generalizó a todo el Principado⁴⁹⁰.

El sistema se mantuvo hasta la Compilación de 1960, que, aceptando la cuantía de un cuarto y su carácter crediticio, le concedió protección registral a través de la mención legitimaria del art. 15 LH⁴⁹¹. Dicha protección fue suprimida en la reforma de 1990, y en esta situación de la regulación se pasó al Código de sucesiones de 1991 – CDCC -. Últimamente en el Libro IV del Código civil de Cataluña, vigente desde el 1 de enero de 2009, se introducen diversas modificaciones, tendentes a rebajar la cuantía final de la legítima: reducción de las donaciones computables; la ausencia de representación en la atribución en pago de la legítima; la limitación de la legítima de los ascendientes; la introducción de una nueva causa de desheredación, entre las más significativas; como consta en el preámbulo de la Ley 10/2008 que lo aprueba, se “acentúa la tendencia secular a debilitarla y restringir su reclamación”⁴⁹².

A.- CONCEPTO DE LA LEGÍTIMA CATALANA

El art. 451-1 CCC se refiere a la legítima como “el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial” que se reconoce a determinados parientes del causante. Sin embargo, de forma tradicional la doctrina se ha referido a la legítima como el límite por excelencia a la libertad de testar y, particularmente en Cataluña, como el límite mínimo a la libertad de testar por razón del sistema de legítima corta, lo que nos recuerda, claramente, el preámbulo de la Ley 10/2008 que aprueba el Libro IV del CCC: *“El Libro IV mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar”*.

No obstante, lo anterior, y ya desde la entrada en vigor del Código de Sucesiones, resulta que la legítima no se encuentra regulada en sede de sucesión testamentaria que, obviamente, sería su ubicación natural si se tratara solamente de un límite a la libertad

⁴⁹⁰ ROCA i TRIAS, E.: << Comentario a art. 122 CCC >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVIII-2º, director: M. ALBALADEJO, Madrid, 1982, págs. 7 y 8.

⁴⁹¹ Art. 140 CDCC: *“Todos los bienes de la herencia están afectos al pago de la legítima, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En consecuencia, corresponde al legitimario acción real para reclamar la legítima, sin perjuicio de las demás acciones que competan en su caso”*.

⁴⁹² ROCA i TRIAS, E.: << De la legítima a la legítima. De la pars hereditatis a la pars valoris >>, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, págs. 1145 y ss.

de testar, sino en un título propio, como es el Título V, “Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley” – arts. 451-1 a 451-27 CCC -. Y así, pueden encontrarse referencias a la legítima, por ejemplo, en el Título IV dedicado a la sucesión intestada – arts. 442-3.2, 442-4.1 o 444-1.b) CCC -, o también en sede de pactos sucesorios – como los arts. 431-9.3 y 431-22 CCC –.

Por lo tanto, ya no cabe mantener que la legítima es una institución propia de la sucesión testamentaria ni puede asegurarse, salvo que se caiga en la tentación de ofrecer una visión simplista y parcial de la legítima, que se trate solamente de un límite a la libertad de testar⁴⁹³. El art. 451-1 CCC, junto a la ubicación sistemática, ya apunta una de las características principales de la legítima catalana, es decir, que se trata de un derecho de crédito – *pars valoris* – y no de un derecho sobre los bienes de la herencia – *pars bonorum* –⁴⁹⁴. El testador es libre para disponer de sus bienes como mejor le parezca, sin verse obligado a reservar bien alguno para sus legitimarios.

En el sentido anterior, la legítima no coarta la libertad de disponer del causante, sino que garantiza al legitimario una participación en el valor de la herencia con independencia del destino que haya decidido otorgar a esta el testador.

La legítima es una atribución sucesoria legal. Es establecida por la ley, sin que pueda ser disponible por el causante, salvo que exista una causa legal para privar de ella cumpliendo con los requisitos formales que exige la desheredación. Otra cuestión que cabe destacar de la legítima, es su carácter lineal, puesto que los parientes del causante a quien la ley reconoce su derecho a la legítima lo son por partes iguales, con independencia de edad, salud o recursos económicos.

Por último, se deriva de este art. 451-1 CCC que se tiene “*derecho a obtener un valor patrimonial*”, o sea, que ese valor no se obtiene directamente, sino que habrá que exigirlo si se cumplen los presupuestos legales y una vez realizadas las operaciones de cálculo de ese valor.

⁴⁹³ CASANOVAS MUSSONS, A.: << La cualidad personal del legitimario >>, en *Revista Catalana de Derecho privado*, núm. 2, 2003, págs. 258 y ss.

⁴⁹⁴ LAMARCA MARQUÉS, A.: << Relaciones familiares y atribuciones sucesorias legales. Legítima y cuarta viudal al Libro IV del CCC >>, *El nuevo Derecho sucesorio del CCC*, Gerona, 2009, pág. 269.

B.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA

La legítima, como ya se ha indicado, es un derecho de crédito que determinados parientes tienen frente a los herederos del causante. La legítima catalana, por tanto, consiste en una *pars valoris*, no en un derecho a los bienes de la herencia. Los legitimarios no tienen legitimación para exigir como legítima bienes hereditarios, solamente gozan de legitimación como acreedores de un valor. Este derecho de crédito, además no tiene a su alcance ningún tipo de garantía real. Como puede verse, no sólo el art. 451-1 CCC presenta la legítima como “*el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor*” que éste puede atribuir por cualquier título, sino que, concretamente, el art. 451-15.1 CCC informa que “*el heredero responde personalmente del pago de la legítima y, si procede, del suplemento de ésta*”. Puede observarse, también, las frecuentes referencias al valor que realiza el art. 451-5 CCC.

Por otra parte, la legítima, en sí misma, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, según el art. 451-15.3 CCC, y sólo se contempla la anotación preventiva de la demanda y del legado, de acuerdo con el art. 451-15.2 CCC. En definitiva, el heredero es quien toma la decisión, si previamente no lo ha hecho el causante, sobre el modo de pagar la legítima, si en dinero, aunque no exista en la herencia, o en bienes de la herencia, conforme al art. 451-11.1 CCC.

Asimismo, los legitimarios carecen de legitimación para el proceso judicial de partición de la herencia, ya que no son herederos – por el simple hecho de ser legitimario, aunque la legítima pueda ser atribuida por tal título -.

Con relación a lo anterior, se ha manifestado en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁹⁵. En consecuencia, el testador catalán goza de libertad para destinar *mortis causa* sus bienes a quien le parezca, pues los legitimarios carecen de pretensión a los bienes del caudal relicto, y su legítima les puede ser atribuidas con dinero que no proceda de la herencia. Por idéntica razón los legitimarios no pueden cuestionar en vida del causante sus actos de disposición, aunque sean a título gratuito; sólo, después de

⁴⁹⁵ STSJ CAT 81/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 9005/2018, de 15 de octubre de 2018, en su F. J. 4º p.8, indica: “*De ahí que el art. 361 del CS, dispusiera que la institución de heredero, el legado, la donación imputable y el señalamiento o asignación en concepto de legítima no privan a los favorecidos de su calidad de legitimarios*”.

fallecido el causante, si procede, y abierta la sucesión, cabría declarar esas donaciones inoficiosas⁴⁹⁶.

Es judicialmente, mediante la acción de reclamación de la legítima, como se hace efectivo el derecho de crédito en que consiste la misma. Es de interés tener en cuenta, que el ejercicio de reclamación exclusivamente por uno de los legitimarios no permite apreciar la excepción de litisconsorcio en relación con el resto de legitimarios, por ser autónomo el derecho de cada uno de éstos y poder ejercitarse con independencia de los demás, sin haber una relación jurídico-material única de los legitimarios con el heredero o persona autorizada para satisfacer las legítimas, ya que es cada legítimo quien tiene su propia relación jurídica independiente⁴⁹⁷.

Por lo tanto, a cada legítimo le es posible reclamar su legítima individualmente y con independencia del resto de legitimarios. Puesto que entre los coherederos responsables del pago no existe solidaridad⁴⁹⁸, el legítimo puede decidir reclamar conjuntamente toda la legítima a todos los coherederos o individualmente a cada uno su parte.

C.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

De acuerdo con lo que se conoce como intangibilidad cualitativa de la legítima, el legítimo goza del derecho de recibir la legítima libre de cualquier limitación, carga o gravamen. El art. 451-9.1 CCC, establece: *“El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a estas condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso”*. Existen otros preceptos que se refieren a esta prohibición de gravar las legítimas: Así el art. 427-34.2 CCC prevé que este precepto resulta aplicable al legado de

⁴⁹⁶ LAMARCA MARQUÉS, A.: op. cit., págs. 269 a 279.

⁴⁹⁷ STSJ CAT 11/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 1284/2016, de 25 de febrero de 2016, en su F.J. 5º p.2, dice: *“La legítima devengará el interés legal desde la muerte del causante, aunque el pago se efectúe en bienes hereditarios, también lo devengará su suplemento desde que sea reclamado judicialmente”*, y en su F. J. 6º p.9 indica: *“El mismo Tribunal en la sentencia de 10-11-1934 tratando una cuestión de competencia había declarado que la acción que tenía el legítimo para reclamar su derecho era una acción personal, a lo sumo mixta”*.

⁴⁹⁸ VAQUER ALOY, A.: *La comunidad hereditaria y las obligaciones del causante*, Barcelona, 1994, págs. 119 y ss.

usufructo universal, y el art. 426-38.1.a) CCC, autoriza al heredero fiduciario a enajenar bienes fideicomitidos para pagarse su legítima en bienes no gravados por el fideicomiso. Se considera una carga la prohibición de impugnar el testamento impuesta al legitimario⁴⁹⁹. El motivo resulta evidente: la legítima es un derecho de carácter legal del que el causante, salvo que exista una carga, no puede privar, por lo que tampoco es posible que pueda limitar ese derecho imponiendo alguna carga a la legítima.

Por consiguiente, aunque el testador es libre para decidir la atribución en pago de la legítima, dicha acción no le autoriza a realizar ningún gravamen que limite la adquisición del legitimario. En el supuesto de que el causante disponga alguna carga o gravamen sobre la legítima se tendrá por no puesta, sin que sea precisa ninguna declaración judicial, de acuerdo con el art. 451-9.1 CCC.

Por otra parte, la ley le da cabida a la llamada cautela compensatoria de la legítima o cautela *Socini*. De forma tradicional se ha venido entendiendo que la cautela *Socini* era la cláusula testamentaria en la que el causante atribuía al legitimario un valor superior a su legítima estricta, pero con la condición expresa de que en el supuesto de que no aceptara las limitaciones o gravámenes, solamente percibiría la legítima estricta, exenta de cargas, que en todo caso debería solicitar mediante la acción de reclamación de la legítima.

Sin embargo, algunos pronunciamientos de la jurisprudencia habían venido aceptando la existencia de una cautela tácita cuando, a pesar de no existir prevención expresa, el testador atribuía mayor cantidad legitimaria sometida a cargas, por ejemplo, cuando se trataba del usufructo a favor del cónyuge⁵⁰⁰. Entre los argumentos que se

⁴⁹⁹ Cautela tácita socini, por ejemplo, cuando se trataba del usufructo para el cónyuge, STSJ CAT 10/2012, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 12/2012, de 26 de enero de 2012, en su F. J. 4º manifiesta: “Y, finalmente, tampoco contraviene lo que dice el art. 360 CS en relación con la cautela socini que se refiere a la libertad de los legitimarios para recibir gratuitamente sus legítimas. A dichos efectos, la cautela socini, tradicionalmente designada, regulada en el art. 360 CS requiere como estimación que el testador ordene de forma indubitada una atribución superior a sus derechos legitimarios y de igual manera, de forma expresa, el derecho de opción que contempla la norma que no concurre en el caso”.

⁵⁰⁰ SAP MAD 73/2019, Sección Novena, ROJ: SAP MAD 1088/2019, de 14 de febrero de 2019, en su F.J. 3º p.9, indica: “La STS 464/2018, tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre la validez de la cautela socini, En este caso, conforme a la jurisprudencia expuesta, la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el art. 885 del Código Civil, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en las órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador”; SAP BAR 311/2008, Sección Decimosexta, ROJ: SAP BAR 5085/2008, de 30 de mayo de

podían citar a favor de una cautela compensatoria tácita eran: el proceso histórico de debilitamiento de la legítima en derecho catalán y el respeto a la voluntad del testador sin menoscabo del derecho del legitimario.

Asimismo, el art. 451-9 CCC, en su apartado 1, nos informa que el causante no puede imponer sobre las atribuciones realizadas con carácter de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos, pero en su apartado 2, como excepción, indica que si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere el apartado anterior tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, éste debe optar entre aceptarla en los términos que le es atribuida o reclamar sólo lo que por legítima le corresponda.

Por consiguiente, en todos los casos que el causante atribuya en concepto de legítima un valor superior a la legítima estricta, pero sujeto a algún gravamen, el legitimario no tiene derecho a exigir esa atribución libre de gravamen, y sólo tiene la opción de aceptarla con esa carga o renunciar a la atribución y reclamar la legítima estricta libre del gravamen, con lo que se mantiene la garantía de la percepción sin ninguna limitación del contenido meramente económico de la legítima. De esta forma, se refuerza la voluntad del causante como ley de la sucesión y la libertad de testar, de acuerdo con el art. 421-1 CCC, que informa en el sentido de que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante, manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la ley.

D.- LA IMPUTACIÓN LEGITIMARIA

Con la imputación legitimaria el legislador ha pretendido conseguir la igualdad entre todos los legitimarios por lo que respecta al *quantum* de su legítima individual. Es por este motivo por el que se prevé esta operación contable denominada imputación. La imputación forma parte de las operaciones de cálculo de la legítima individual de cada legitimario, a fin de hallar qué es lo que han recibido ya en concepto de legítima. Consiste en calcular lo que cada legitimario ha percibido anticipadamente en concepto

2008, en su F. J. 5º p.7, manifiesta: “Precisamente la cautela socini muestra como la posibilidad de elección conferida al legitimario respeta la legítima, siempre que no se merme el valor de ésta, o, en cualquier caso, al legitimario se le respete el derecho a optar por la legítima estricta y libre”.

de legítima o imputable a la legítima, para descontarlo de lo que le correspondería obtener a ese legitimario en la sucesión de su causante y, por tanto, obtener menor cantidad de la masa hereditaria.

A diferencia de las normas sobre computación, las de imputación son modificables por el causante⁵⁰¹, como se desprende del art. 451-8.2 CCC: - *“salvo que el causante disponga otra cosa”* – y, en particular del art. 451-8.5 CCC, se deduce: El causante tiene la facultad de dejar sin efecto la imputación a la legítima en testamento o codicilo, así como en pacto sucesorio o por medio de una declaración realizada en otro acto entre vivos en escritura pública. Si bien, la dispensa de imputación hecha en escritura pública es irrevocable y la hecha en pacto sucesorio sólo es revocable por las causas legales o acordadas entre las partes.

Es posible, pues, que el testador excluya una atribución de la imputación legitimaria en acto *mortis causa o inter vivos*, pero en este último caso siempre en escritura pública; así, la STSJ CAT⁵⁰² acepta *“que el testador ordene imputar a la legítima una cesión fundamentada en una causa onerosa”*.

Una vez efectuada esta declaración, deviene irrevocable, salvo que se haya realizado un pacto sucesorio, y en ese caso es revocable por las causas legales o que las partes hayan estipulado.

Todo legitimario es sujeto de la imputación, tanto si recibe la legítima por que se haya realizado derecho propio como si la recibe por derecho de representación. En este último caso, los nietos legitimarios por representación deben imputar a la legítima de

⁵⁰¹ STSJ CAT 37/2019. Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 4065/2019, de 20 de mayo de 2019, en su F. J. 2º.2 p.3, indica: *“A diferencia de la computación regida por normas de ius cogens, en la imputación legitimaria que es una operación de cálculo de la legítima individual, y de la colación hereditaria, en tanto que ésta última consiste en presumir que lo donado a los herederos, descendientes del testador, lo fue a cuenta de su cuota hereditaria, se rigen por normas de derecho dispositivo – STSJ CAT 14/2000, de 10 de julio –”*.

⁵⁰² STSJ CAT 14/2000, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 9385/2000, de 10 de julio de 2000, en su F. J. V. p.4, manifiesta: *“En el supuesto de que ahora se tiene que resolver que los nietos aceptan la pretendida renuncia de la usufructuaria y, además, lo aceptan con la prevención de que los derechos renunciados se imputen a la legítima que en su día puedan reclamar sobre la herencia de su abuela, aunque en el contrato se habla de computación y no de imputación a la legítima de los nietos. En cualquier caso, se tiene que precisar que la cesión de los derechos derivados del usufructo en el caso del litigio, se fundamenta en una causa onerosa, puesto que los nietos aceptan los derechos que le transmite su abuela a cambio de imputar el valor a sus derechos legitimarios, que por lo tanto se ven reducidos por el valor de los derechos cedidos como imputables a sus derechos legitimarios”*.

sus abuelos aquello que sus padres hubieran debido imputar a su propia legítima en caso de haber llegado a ostentar la cualidad de legitimario, como nos informa el art. 451-8.3 CCC. Debe tenerse claro, la diferencia entre imputación y colación, aunque la finalidad sea semejante, la imputación es una operación de cálculo de la legítima, mientras que la colación funciona en la partición de la herencia entre quienes son coherederos, como manifiesta VAQUER ALOY⁵⁰³.

E.- LA ATRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

La atribución de la legítima se refiere al modo en que, de forma voluntaria, el causante dispone a favor de los legitimarios del valor patrimonial en que ésta consiste. Puesto que la legítima no supone un título material autónomo, el art. 451-1 CCC permite al causante atribuirla: *“a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma”*.

En puridad, la institución de heredero o el legado a favor de quien es legitimario implica concesión de la legítima, de acuerdo con el art. 451-7.1 CCC, aunque no se diga así expresamente, ya que lo que tenga que recibir por estos títulos el legitimario se imputa a su legítima, salvo que el causante disponga de otra forma, incluso aunque el legitimario repudie la herencia o renuncie al legado.

Con relación al título de heredero, el testador puede, así, atribuir la legítima a dicho título, lo que ocurre normalmente cuando el legitimario es instituido heredero. En ese supuesto, en este sucesor concurren el título voluntario de heredero y la razón de ser legitimario, sin que aquél absorba a ésta, de forma que los actos del causante que perjudiquen la legítima del instituido heredero no afectarán a éste, que estará a su alcance proteger el contenido de la legítima mediante las pretensiones correspondientes. Si el legitimario repudia el título de heredero dará lugar a entender que renuncia, al mismo tiempo, a su derecho a la legítima, conforme al art. 451-7.1 CCC, del que se obtiene que la institución de heredero y el legado a favor de quien sea legitimario implican atribución de legítima, y se le imputan por el valor de los bienes en el momento de la muerte del causante, si éste no dispone otra cosa.

⁵⁰³ VAQUER ALOY, A.: << La legítima en Derecho..... >>, op. cit., pág. 491.

También es posible, como hemos indicado, que el causante atribuya la legítima a través de legado; se trata de una atribución en la que se tiene en cuenta el tipo de legado. El CCC⁵⁰⁴ establece tres modalidades de legado en pago de legítima:

El legado de dinero, aunque no exista en la herencia tal dinero. Se trata de un legado de una cantidad determinada de dinero, a diferencia del legado simple de legítima.

El legado de bienes hereditarios. Dichos bienes deben cumplir las siguientes características: ser de exclusiva y plena propiedad del causante; se excluyen aquellos bienes que no son copropiedad de éste, los bienes gravados y los derechos reales limitados.

El legado simple de legítima, muy normal en la práctica, cuando el testador utiliza la fórmula “lego aquello que corresponda por legítima” u otra análoga a sus legitimarios, lo que supone que no se indica con qué tipo de bienes debe pagarse la legítima.

A través de la donación, también es posible atribuir la legítima. Puede suceder que las donaciones sean en pago o a cuenta de la legítima, de lo que nos informa el art. 451-8.1 CCC, o de donaciones imputables a la legítima, como dice el art. 451-8.1.a) CCC, según que se haya tomado en consideración la condición futura de legitimario y por cuyo motivo se haya realizado la donación o no, y ello con independencia de que la donación termine siendo imputable a la legítima por ostentar el donatario la cualidad de legitimario al fallecimiento del causante. Es posible también atribuir la legítima a través de una donación *mortis causa*, como lo confirma el art. 451-8.2.b) CCC.

Otra forma de atribución de la legítima es a través de las asignaciones, conforme a los arts., entre otros, 431-22, 451-8.2.b) CCC. Se trata de determinados bienes que el causante se reserva en pacto sucesorio para atribuirlos en pago de legítima y que, por lo tanto, quedan excluidos del heredamiento. De acuerdo con el art. 431-22.2, el causante tiene la facultad de asignar al pago de legítimas bienes o dinero, que se excluyen del heredamiento. La asignación no otorga ningún derecho en vida del causante a los legitimarios, pero en el supuesto de que el causante fallezca sin haberles atribuido los

⁵⁰⁴ Art. 451-7 CCC.

bienes asignados, en ese caso, los legitimarios los adquieren íntegramente, aunque excedan del importe de la legítima que les correspondería.

F.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO CATALÁN

El derecho a la legítima, es decir, ser legitimario, viene determinado por la concurrencia a la sucesión de determinados parientes, a quienes la ley les confiere dicho derecho. Los legitimarios son, por tanto, una categoría legal que la ley determina. La cualidad de legitimario es personal, ya que resulta inherente a una cierta relación de parentesco con el causante, y ello con independencia del fundamento por el que se rija la sucesión, es decir, tanto si ésta es testamentaria, intestada o contractual.

De acuerdo con los arts. 451-3 y 451-4 CCC, los mencionados parientes son los descendientes y, en su defecto, los padres del causante. El cónyuge, por tanto, no es legitimario en ningún caso en derecho catalán, como tampoco lo son el resto de ascendientes del causante ni sus parientes colaterales que sí, en cambio, pueden llegar a ser herederos abintestato. De la libertad de testar del causante suelen pronunciarse los tribunales⁵⁰⁵.

Es exigible que el legitimario goce de capacidad sucesoria en relación con su causante en el momento de abrirse la sucesión, ya que es entonces cuando nace el derecho a la legítima, de acuerdo con el art. 451-2.1 CCC. Y es, precisamente, en ese momento cuando debe apreciarse si concurre alguna causa de incapacidad o indignidad.

Son legitimarios todos los hijos del causante por partes idénticas, conforme al art. 451-3.1 CCC. Todos los hijos son tratados por igual sin tener presente la clase de filiación, matrimonial, no matrimonial o adoptiva, en virtud del principio de equiparación de los efectos de la filiación independiente de su clase, de acuerdo con el art. 235-2.1 CCC, del que se deduce, que toda filiación produce idénticos efectos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva. La filiación determina la potestad parental, los apellidos, los alimentos y los derechos sucesorios, así como comporta la asunción de responsabilidades parentales hacia los hijos menores y los

⁵⁰⁵ STSJ CAT 79/2014, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 12012/2914, de 15 de diciembre de 2014, en su F. J. 4º p.1, manifiesta: *“En Cataluña la libertad de testar es un principio esencial de nuestro derecho sucesorio únicamente limitada por la obligación de preservar la legítima”*.

demás efectos establecidos por las leyes. El padre y la madre tienen la facultad de establecer de común acuerdo el orden de los apellidos en la inscripción de nacimiento o de la adopción del primer hijo.

Por otra parte, en lo que se refiere a la legítima en el supuesto de filiación adoptiva, se introduce un matiz en el caso de la adopción de un hijo del cónyuge o del conviviente⁵⁰⁶. Realizada la sustitución del progenitor por naturaleza por el adoptivo, el hijo no tiene legítima en la sucesión del progenitor sustituido y en la de los ascendientes de éste por derecho de representación.

El preámbulo de la Ley 1/1998⁵⁰⁷ ya se refiere a ello justificándolo así: “a diferencia de la sucesión intestada, que tiene otro fundamento, en materia de legítima no se reconocen derechos en la sucesión de los ascendientes de origen si el descendiente que hubiese sido legitimario ha sido adoptado por el cónyuge o conviviente del otro progenitor o por un pariente colateral del otro progenitor. En estos casos, el hijo adoptivo tiene ya sus legítimas en la sucesión de quienes lo han adoptado y, si procede, de sus ascendientes, y no existe ninguna razón sólida para limitar la libertad de testar del progenitor o de los abuelos desplazados por la adopción”.

Por lo anterior, el hijo pierde el derecho a la legítima con respecto a su progenitor fallecido cuando su otro progenitor contrae nuevo matrimonio o forma parte de una pareja estable y el nuevo cónyuge o conviviente lo adopta, de modo que no tiene derecho sucesorio legal, como podría ser en la herencia de sus abuelos, aunque hubiese continuado teniendo contacto familiar con ellos, ni siquiera por vía de representación. La legítima de los descendientes es transmisible a sus propios herederos, aunque no se haya reclamado en vida, a diferencia de la legítima de los progenitores, conforme al art. 451-2.3 CCC, que informa sobre la excepción que regula el art. 451-25.2 CCC, en el sentido de que la legítima de los progenitores se extingue si el acreedor muere sin haberla reclamado judicialmente o por requerimiento notarial después de la muerte del hijo causante. La legítima individual extinguida se integra en la herencia sin que en

⁵⁰⁶ Art. 451-3.4 CCC: “En caso de adopción de hijos del cónyuge o de la persona con quien el adoptante convive en relación de pareja con carácter estable, el adoptado no es legitimario del progenitor de origen sustituido por la adopción y, si éste ha muerto, tampoco lo es, por derecho de representación, en la sucesión de los ascendientes de éste”.

⁵⁰⁷ E: M: V, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la atención al Menor.

ningún caso acrezca la de los demás legitimarios, sin perjuicio del derecho de representación.

En ausencia de descendientes, son legitimarios los progenitores del causante, conforme al art. 451-4 CCC⁵⁰⁸. En la legítima de los progenitores no opera el derecho de representación a favor de otros ascendientes, y tampoco se transmite el derecho en el supuesto de que la legítima no se reclame formalmente durante la vida del legitimario, conforme al art. 451-25.2 CCC, de aquí que, en el CCC, se ha convertido en un derecho personalísimo. En el caso de que uno sólo de los progenitores resulta legitimario, le correspondería toda la cuota de legítima, salvo que ello suceda por desheredación o indignidad del otro progenitor, caso en que su legítima se extingue⁵⁰⁹. La debilitación de la legítima de los padres también se aprecia en el caso de su renunciabilidad anticipada, de acuerdo con el art. 451-26.2b CCC.

G.- LAS PRETENSIONES LEGITIMARIAS

Si no se satisface voluntariamente el importe de su legítima, así como en los supuestos de preterición intencional y de desheredación injusta, el legitimario tiene a su alcance la acción de reclamación de la legítima. Es, sin duda, una acción de carácter personal, que está en correspondencia con la configuración de la legítima como derecho de crédito, cuya legitimación pasiva le corresponde al sujeto obligado al pago de la legítima, y que, de acuerdo con la LH⁵¹⁰, cabe la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Como ya hemos comentado, no origina litisconsorcio, ni goza de ninguna garantía registral específica.

⁵⁰⁸ Sin embargo, este precepto introduce una limitación importante a la posibilidad de que los progenitores adquieran la categoría de legitimarios. Y es que es suficiente que el causante haya tenido hijos que le sobrevivan, aunque no alcancen la condición de legitimarios por desheredación o indignidad para que los progenitores no sean legitimarios. Lo mismo sucede si uno o más de los hijos legitimarios renuncian a su legítima; en cambio, si el hijo premurió al causante, los ascendientes si tienen derechos a legítima.

⁵⁰⁹ Art. 451-4.2 CCC: *“Si sólo sobrevive un progenitor o la filiación sólo está determinada respecto a un progenitor, le corresponde el derecho de legítima íntegramente. Si sobreviven los dos, pero uno de ellos ha sido desheredado justamente o ha sido declarado indigno, la legítima corresponde sólo al otro. En este caso, debe aplicarse lo establecido por el artículo 451-6 CCC”*.

⁵¹⁰ Art. 42.10 de la Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, publicada en BOE núm. 58, de 27/02/1946, en vigor a partir de 20/03/1946.

Por otra parte, si la cuantía que recibe el legitimario del causante es inferior a su legítima individual, por cualquier causa, está a su alcance reclamar al heredero el denominado “suplemento de legítima”. Se trata de una acción de defensa del contenido cuantitativo de la legítima, cuya naturaleza es personal, lo mismo que la acción de reclamación.

La acción de “suplemento de legítima” es ajena a la validez o a la eficacia del testamento. La legitimación pasiva la representa el heredero o quien esté obligado al pago de la legítima. Los presupuestos del ejercicio de la acción son: 1.- que el causante atribuya al legitimario, mediante cualquier título eficaz, un valor patrimonial; 2.- que este título – cualquiera de los antes analizados, aunque sea una donación⁵¹¹ - no alcance el *quantum* individual del legitimario calculado conforme a lo establecido en el art.451-15 CCC, sin que la aceptación de la atribución ordenada por el causante y que es insuficiente para cubrir el importe de la legítima implique por sí sólo renuncia alguna al suplemento; 3.- que el legitimario no haya renunciado a la legítima o a su suplemento, de acuerdo con el art. 451-10.2 CCC.

Existe también derecho al suplemento de legítima si después de satisfecha la legítima aparecen nuevos bienes relictos que no se tuvieron en cuenta para el cálculo de la misma, y ello a pesar de que el legitimario se hubiese dado por totalmente satisfecho de su pago o hubiese renunciado al suplemento, conforme al art. 451-10.3 CCC. El resultado de la acción de suplemento es que el heredero o la persona legitimada para el pago de las legítimas está obligada a pagar al legitimario la diferencia entre el valor atribuido por el causante y la efectiva legítima individual calculada de acuerdo con lo previsto en el art. 451-5 CCC, del que destaca que, al valor de los bienes en el momento de la muerte del causante, deducidas las deudas, debe añadirse el de los bienes dados o enajenados por otro título gratuito por el causante en los diez años precedentes a su muerte, excluidas las liberalidades de uso. El valor de los bienes que han sido objeto de donaciones imputables a la legítima debe computarse, en todo caso,

⁵¹¹ STSJ CAT 81/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 9005/2018, de 15 de octubre de 2018, en su F. J. 4º p.12, manifiesta: “*También ahora para que pueda hablarse propiamente de acción de suplemento de legítima es preciso que exista una atribución de contenido patrimonial realizada por el testador a favor del legitimario, sea en virtud del testamento, o de donaciones inter vivos imputables a la legítima o de cualquier otra forma*”.

con independencia de la fecha de la donación”. El mencionado precepto indica la cuantía de la legítima que es la cuarta parte de la cantidad base, calculada conforme a las reglas que regula dicho precepto.

El pago del suplemento se rige por idénticas reglas que el pago de la legítima, es lo que dice el art. 451-11 CCC. Por el suplemento sólo le corresponde interés desde que se reclama judicialmente de acuerdo con el art. 451-14.3 CCC a diferencia de la legítima que lo devenga desde el fallecimiento del causante. Otra cuestión del suplemento de legítima es que es renunciable como dicen los arts. 451-10.2 y 451-26.2.c) CCC.

La inoficiosa legitimaria queda de manifiesto cuando el causante ha dispuesto *mortis causa* a través de legados a favor de personas que no sean legitimarios y, como consecuencia de tales legados, no quedan en la herencia bienes suficientes para hacer efectivo el pago de las legítimas; el legitimario puede ejercer una acción para reducir o suprimir los legados inoficiosos. Y, si a pesar de esta reducción o supresión, aún faltan bienes suficientes para pagar las legítimas, porque además el causante había otorgado donaciones a favor de otras personas, en ese caso el legitimario goza de acción para reducir o suprimir las donaciones inoficiosas.

IV.- EL DERECHO SUCESORIO EN ARAGÓN

El Código del Derecho Foral Aragonés – CDFA -, recoge en sus arts. 486 a 515, la regulación de la legítima aragonesa, que incorporan el texto de los arts. 171 a 200 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte⁵¹². Esta ley, a su vez, había derogado el Libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1867 – “Derecho de sucesión por causa de muerte”, arts. 81 a 142 – y, con él, la regulación de las legítimas contenidas en los arts. 119 a 126 de la Compilación. El Preámbulo de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, incorporado al Código del

⁵¹² El BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011, publica el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas – CDFA -, que deroga todas las leyes refundidas, entre ellas la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Conforme a la disposición final Única – entrada en vigor – el Decreto Legislativo y el Texto Refundido que se aprueba con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, entraron en vigor el día 23 de abril de 2011.

Derecho Foral, afirma que: “Se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del CC que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto”.

Por lo anterior, la legítima, según PARRA LUCÁN⁵¹³: “como límite de la libertad de disponer que tienen los aragoneses, continúa siendo legítima colectiva a favor de los descendientes. La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, y ahora el CDFA, no contienen una definición, pero de su sistemática y de la regulación legal resulta una visión muy tradicional de la legítima, entendida como limitación a la voluntad del causante. La óptica desde la que se contempla la legítima no es el derecho del legitimario a recibir bienes, ni siquiera un valor del caudal hereditario, sino la óptica del causante, para el que la legítima juega como un límite, como un freno a la libertad de disposición”.

Entre las disposiciones generales de las sucesiones, que establecen la preferencia de la delación voluntaria antes de la legal, el art. 318 CDFA afirma que: *“el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión ... sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est cbartae”*, entre las normas comunes a la sucesión voluntaria, la primera de ellas, recogida en el art. 464 CDFA dispone que: *“1.- Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder. 2.- El que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en este libro”*.

La doctrina más reciente, ha puesto de relieve que, si existe un derecho subjetivo a la legítima⁵¹⁴, la sucesión intestada no garantiza que quede cubierta la legítima si se han hecho en vida donaciones, y entonces para su protección⁵¹⁵ se considerarán las

⁵¹³ PARRA LUCÁN, M. A. y BARRIO GALLARDO A.: << La Legítima en Derecho Aragonés >>, en *Tratado de Legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, pág. 360.

⁵¹⁴ Entre ellos, así lo defiende, para el Derecho aragonés, MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones >>, *Actas de los XV Encuentros del Fuero de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pág. 263.

⁵¹⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: << La legítima >>, op. cit., págs. 71, 103, 147 y ss.

normas adecuadas. Esto también sucede en Derecho aragonés, donde el art. 486 CDFA establece que la mitad del caudal – determinado conforme indica el art. 489 CDFA – debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios.

No obstante, lo regulado por el art. 464 CDFA, respecto a la forma de proceder en función de si se tiene o no legitimarios, lo cierto es que la legítima se ha podido recibir en vida, ya que puede atribuirse por cualquier título, de acuerdo con el art. 487 CDFA, de modo que si la cuota legal de la legítima queda cubierta durante dicho periodo, el causante no tiene ninguna restricción a sus facultades de disposición *mortis causa*. Por otra parte, los derechos sucesorios, y la legítima lo es, sólo nace en el momento de la muerte del causante, de donde se desprende que los actos dispositivos sólo podrán ser impugnados posterior a su fallecimiento.

La legítima, en sí misma, en Derecho aragonés, no es un título sucesorio, si por tal se entiende aquel en cuya virtud se defiere la herencia del causante: así que títulos sucesorios en derecho aragonés son el testamento, el pacto sucesorio y la ley, art. 317 CDFA. Es, precisamente, la ley quien permite al causante atribuir la legítima por cualquier título lucrativo, de acuerdo con el art. 487 CDFA. La legítima puede atribuirse por medio de donaciones realizadas en vida del causante, por atribuciones por causa de muerte, a título particular o universal realizadas por el propio causante, en su testamento o en pacto sucesorio – arts. 377 y ss. CDFA -, o por el fiduciario que nombre para que ordene su sucesión para después de su muerte – art. 407 CDFA -, pero también puede verse satisfecha en la sucesión legal.

No es obligatorio instituir heredero al legitimario, es suficiente con realizar una atribución a su favor que, de forma neta, represente aquella parte que habría de corresponderle realizado el cómputo conforme a lo establecido por el art. 489 CDFA. Si es posible atribuirse la legítima por cualquier título, según el art. 487.1 CDFA, caben otras opciones distintas de la sucesión a título universal. Asimismo, conforme al art. 487.2 CDFA, es posible instituir heredero a un extraño, y pagar la legítima de los descendientes mediante mandas o legados, o que ésta se hubiese cubierto ya en vida del causante, a través de una donación.

A.- INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA

Puede decirse que existe lesión de la legítima cuando los beneficios recibidos por el conjunto de los descendientes no alcancen la cuantía de la legítima colectiva⁵¹⁶. En tal supuesto, según el art. 494.1 CDFA, podrán reducirse las liberalidades realizadas a favor de no descendientes. Ninguno de los legitimarios posee el derecho a recibir un *quantum* de la fortuna del causante. Puesto que, como se ha indicado, la legítima aragonesa es colectiva, para que exista lesión cuantitativa de la misma, importa tener presente las liberalidades percibidas – *inter vivos o mortis causa* – por todos los descendientes. La reducción de liberalidades para conseguir que se respete la cuantía global de la legítima sólo afecta a las liberalidades percibidas por no descendientes, o sea, por no legitimarios.

Dado que no existe una legítima individual, no se precisa que las liberalidades a descendientes encajen en la parte de libre disposición. Con respecto a quién está legitimado para exigir la reducción de las liberalidades recibidas por los no descendientes, el art. 494.2 CDFA⁵¹⁷ indica que el derecho a conseguir la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente – más adelante, epígrafe F, se comenta quienes son –, salvo que la voluntad del disponente sea distinta.

La establecida posibilidad es coherente con la facultad de atribuir la legítima de forma igual o desigual, entre todos o varios de los descendientes, o bien de concederla a uno sólo, pero llama la atención que la ley permita que el disponente que haya privado al conjunto de los legitimarios, menos a uno, con sus disposiciones, pueda establecer eficazmente alguna previsión respecto de la legitimación para exigir la atribución de la legítima. No obstante, lo mejor es que la voluntad del disponente, para que no existan incertidumbres, se indique de forma expresa. Aunque lo mejor, para evitar incertidumbres, es que así sea, es decir, que la voluntad del disponente se indique de

⁵¹⁶ STSJ ARA 4/2015, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 3/2015, de 19 de enero de 2015, en su F. J. 2º p.3 indica: “ *En definitiva, que la pretensión de la parte consistía en que se incluyese la liberalidad con las demás para hallar el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima siguiendo así lo dispuesto en el artículo 489 CDFA que la sentencia no aplica, y una vez fijado el caudal y calculada la legítima y su lesión entraría en juego el artículo 495 CDFA, pero no individualmente considerado para una liberalidad sino conjuntamente a todas y por su orden*”.

⁵¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa >>, en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, Tomo 2, Pamplona, 1992, págs. 660 y ss.

forma expresa, en el supuesto de que el disponente no haya establecido otra cosa, de manera subsidiaria, el derecho a conseguir la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente ⁵¹⁸, y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal, según art. 494.2 CDFA. Por otra parte, la legitimación individual concedida por ley a los legitimarios de grado preferente es independiente de lo que hubieran recibido ya *inter vivos o mortis causa*.

Indica el Preámbulo del CDFA que: “La acción de reducción de liberalidades – o de lesión de la legítima colectiva, si atendemos a su causa – es la principal que se ofrece a los legitimarios cuando el causante ha dispuesto infringiendo los límites legales. En efecto, además de ser la que procede cuando el conjunto de los descendientes no ha percibido beneficios en cuantía al menos de la mitad del caudal computable, es la única que, en su caso, corresponde a los legitimarios de grado preferente que hayan sido preteridos intencionalmente o excluidos voluntariamente”.

De acuerdo con lo anterior, *“el legítimo preterido intencionalmente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma”*, según art. 507 CDFA; *“los legitimarios excluidos no tienen otros derechos que el que pueda corresponderles a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma, y los que les correspondan en la sucesión legal, salvo lo dispuesto en los dos artículos siguientes”*, según art. 512.2 CDFA.

Con respecto a la cuantía, igualmente de manera subsidiaria para el supuesto de que el disponente no haya expresado su voluntad, el art. 494.2 CDFA establece que: *“cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal”*.

El criterio legal es el que, con independencia de lo que pudiera haber percibido del causante, cada legítimo de grado preferente que ejercite la acción tiene derecho a recibir de la cuantía total de la infracción de la legítima colectiva, la fracción que se corresponda con su cuota en la sucesión legal. Asimismo, en la sucesión legal, los hijos

⁵¹⁸ Para el Derecho vigente, por el contrario, y partiendo del Derecho anterior, SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1990.

concurrir a partes iguales, como indica el art. 522 CDFA, sin embargo, los nietos y demás descendientes heredan por sustitución legal, según el art. 523.1, y, repudiando la herencia el descendiente más próximo, si fuese sólo, o, en el caso de ser varios, todos los descendientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y no como sustitutos del que repudió la herencia, como indica el art. 523.2 CDFA. Si la acción es individual, favorece sólo al que la ejercita, y la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás, conforme al art. 494.3 CDFA.

En el sistema legal, por consiguiente, se concede a los legitimarios de grado preferente la posibilidad, si lo deciden, conseguir que el conjunto de legitimarios perciba la legítima colectiva, pero no se exige que los legitimarios actúen conjuntamente, ni se permite que el ejercicio individual por uno de ellos logre que se cumpla la legítima colectiva⁵¹⁹. En última instancia, si no todos los legitimarios de grado preferente, cuando fuesen varios, ejercitan la acción – del mismo modo que si el único no la ejerce -, las liberalidades realizadas a terceros con infracción de la legítima quedarán a salvo, respetando de esta manera lo establecido por el disponente.

B.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

En los diferentes sistemas legitimarios del Reino de España, la tendencia doctrinal y legislativa en los últimos años tiende a favorecer la naturaleza crediticia de la legítima, y resulta que la concepción de la misma como *pars creditorum* representa una flexibilización de su rigidez⁵²⁰ y puede, sin duda, favorecer una ampliación de la libertad del testador. Frente a dicha tendencia, el legislador aragonés se manifiesta a favor de la consideración de la legítima como *pars bonorum*.

En estado de vigencia de la Compilación de Derecho civil de Aragón se discutía si la legítima aragonesa era una *pars bonorum*, como defendió LACRUZ⁵²¹, o si era factible

⁵¹⁹ GIL NOGUERAS, L. A.: op. cit., pág. 576, entiende que la solución legal, de la que reconoce que ofrece seguridad jurídica al remitirse a la cuota de la sucesión legal, no guarda sin embargo relación con la finalidad de la intangibilidad cuantitativa, en la medida en que el ejercicio de la acción es factible para el legitimario en la medida en que le perjudique la infracción, y ese perjuicio sólo se produce en la vía de la sucesión testada y en el ámbito de la legítima.

⁵²⁰ VAQUER ALOY, A.: << Reflexiones ... >>, op. cit., pág. 7.

⁵²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Las legítimas...>>, op. cit., págs. 515 a 517.

admitir que la legítima, teniendo presente la letra de la ley de la Compilación, podía concebirse como una *pars valoris*. Así lo defendió MOREU, basándose en que ningún precepto concreto imperativo establecía en la Compilación que la legítima fuera una *pars bonorum*⁵²².

En la actualidad es unánime la opinión de que la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, y el CDFA que la incorpora, deciden por configurar la legítima aragonesa como una *pars bonorum*⁵²³. Y así lo establecen los arts. 497 a 502, capítulo III, CDFA y, en particular, de lo indicado en la primera norma de este capítulo, conforme a la cual, la legítima debe atribuirse en bienes relictos, conforme al apartado 1 del art. 497 CDFA, y que ésta norma, en su apartado 2, regula el supuesto de incumplimiento, facultando individualmente a los legitimarios afectados para pedir la parte proporcional, que en la diferencia les corresponda, les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los recibieron.

Llama la atención que se reconozca al legitimario el derecho a la satisfacción a la cuota en cuerpos hereditarios cuando, sucede que, en Derecho aragonés, el legitimario no ha de ser forzosamente instituido heredero y la legítima puede ser atribuida por cualquier título lucrativo, conforme al art. 487.1 CDFA e, incluso, la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de manera clara y explícita, heredero a un extraño, según art. 487.2 CDFA. Lo cierto es que, si la legítima se ha recibido mediante donaciones, no existe derecho alguno para recibirla en bienes relictos.

En el supuesto de que no se haya pagado la totalidad de la legítima *inter vivos*, el art. 497 CDFA impide que el tercero nombrado heredero haga suyos los bienes del caudal relicto y pueda pagar la legítima en dinero extra hereditario.

Por otra parte, el art. 479 CDFA, que permite al legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, por sí sólo, aun existiendo legitimarios, tomar posesión de la misma, dificulta la defensa de los derechos de los legitimarios

⁵²² MOREU BALLONGA, J. L.: << Aportación >>, op. cit., págs. 56 a 61. Precisamente, a partir de esa concepción, MOREU daba una interpretación de la prohibición de gravámenes a la legítima algo más flexible de la habitual, lo que le parece que presentaba ventajas, como cree que la presentaba también el concebir la legítima como *pars valoris*.

⁵²³ SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1994; MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario.....>>, op. cit., pág. 326.

frente al legatario de cosa cierta y específica⁵²⁴. Además, no se le reconoce al legitimario ningún derecho a intervenir en la partición ni en la gestión del caudal pendiente de partición.

Dado que la legítima aragonesa es colectiva, según art. 486 CDFA, debe tenerse presente que lo que impide la ley es la infracción de la legítima colectiva de los descendientes frente a un extraño, por lo que es posible atribuir a uno sólo de aquellos la totalidad del caudal relicto sin que, legalmente, aparezca la necesidad de abonar a los demás legitimarios una cantidad en metálico.

De acuerdo con el art. 497.2 CDFA: El incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, resulta que faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en verdad les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los hubiesen recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos. Se trata de una acción individual, pues faculta individualmente a los legitimarios afectados.

La última norma citada presupone que no ha existido lesión de la legítima colectiva, pero que lo que falta “para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva” porque no se ha recibido mediante donaciones, no se recibe en la sucesión *mortis causa* en bienes hereditarios. La norma tiene por finalidad impedir que el extraño instituido haga suyos los bienes del caudal relicto y abone la legítima en metálico⁵²⁵. En definitiva, puede ser legitimario afectado cualquier descendiente que perciba la legítima en bienes no correspondientes al caudal.

Por otra parte, los legitimarios pueden exigir al sucesor *mortis causa* que no sea legitimario, es decir, que no sea descendiente, que el déficit que exista para completar la legítima colectiva se entregue en bienes del caudal y no en metálico. Como no hay lesión cuantitativa, los legitimarios no tendrán a su alcance conservar, además, los bienes no hereditarios asignados en la sucesión, sino que estarán obligados a ceder a los extraños los bienes recibidos equivalentes en valor a los bienes del caudal relicto que

⁵²⁴ En este sentido, MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario >>, op. cit., págs. 271 a 278.

⁵²⁵ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: op. cit., pág. 637; SERRANO GRACÍA, I.: op. cit., pág. 1995.

les reclaman, pero sí, de acuerdo con el art. 497 CDFA, exigir de los extraños, bienes del caudal relicto suficientes hasta cumplimentar la legítima colectiva.

Si son varios los legitimarios afectados en “la parte proporcional que en la diferencia les corresponda”, según el art. 497 CDFA, debe tenerse en cuenta si los legitimarios habían percibido antes alguna atribución en bienes relictos. El legitimario gozará de la facultad de poder dirigirse contra cualquier extraño favorecido, sin que éste pueda alegar que existen otros extraños favorecidos con bienes del caudal relicto⁵²⁶.

C.- PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES SOBRE LA LEGÍTIMA

La intangibilidad cualitativa de la legítima conlleva también que ha de recibirse libre de cualquier gravamen, limitación o carga. Es el art. 498 CDFA quien formula este criterio, sin embargo, no se hace de modo directo, sino que se establece una regla según la cual el causante puede imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes siempre que se cumpla un requisito: que el valor de los bienes atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubran el importe de la legítima colectiva.

En Derecho aragonés, la integridad de la legítima significa que están prohibidos los gravámenes que no respeten el límite expresado por el art. 498.1 CDFA. El límite establecido es coherente con el deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para llegar a la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, según art. 497.2 CDFA. No opera la prohibición de imponer gravámenes cuando el valor del resto de los bienes atribuidos como libres sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubran la legítima colectiva⁵²⁷. Se entiende por gravamen cualquier modalidad, limitación o impedimento, de naturaleza real o personal, que de alguna forma restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo atribuido por legítima, o establezca cualquier obligación en relación con ella⁵²⁸. Sólo se consideran gravámenes a estos efectos los “impuestos en el título sucesorio” no así, los que gravaran con anterioridad a la apertura de la sucesión los bienes del caudal, que entonces existían.

⁵²⁶ Así, GIL NOGUERAS, L. A.: op. cit., pág. 582.

⁵²⁷ GIL NOGUERAS, L. A.: op. cit., pág. 583.

⁵²⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos de >>, op. cit., pág. 413.

El art. 498.2 CDFA, en su último inciso, establece que no se consideran gravámenes *“los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente”*. Sí bien, en los legados de cosa cierta y determinada existentes en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere, en los demás legados la delación le convierte en acreedor de la persona gravada, según art. 477.1 CDFA.

Puestos en relación, los dos últimos preceptos citados, podría concluirse que el primero de ellos se está refiriendo a los legados que no lo sean de cosa cierta y determinada existente en el caudal, ya que, en otro caso, no habría persona gravada con el legado. Pero, entendido así el precepto, no sería precisa esta aclaración, en el sentido de que, siendo cosa que no existe en el caudal, no grava ninguno de los bienes recibidos. Para SERRANO GARCÍA⁵²⁹: *“Muy posiblemente el precepto se redactó pensando en un legado de cosa cierta y determinada existente en el caudal y que un descendiente está obligado a entregar la posesión al legatario propietario, de forma que el precepto dispondría que no debe considerarse gravamen y que nada debe deducirse por ellos al hacer la imputación de lo atribuido al descendiente gravado”*.

Con respecto a las consecuencias de la infracción cualitativa de la legítima, la solución más cómoda es considerar al gravamen por no puesto. Es como lo establece el art. 499 CDFA. No obstante, la regla debe matizarse, ya que no siempre se producirá tal automatismo: cabe la posibilidad de que el legitimario acepte el gravamen o la limitación o, por el contrario, puede ser preciso obtener una declaración judicial del derecho del legitimario en el supuesto de que el beneficiado por el gravamen no reconozca tal derecho. En este sentido, el art. 499 CDFA dispone que el legitimario *“tiene derecho”* a que el gravamen se tenga por no puesto.

La aceptación de la herencia no supone necesariamente, sin más, admisión del gravamen: sólo si se acepta con palabras o demostraciones claras deviene inopinable la infracción de la legítima⁵³⁰. En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁵³¹,

⁵²⁹ SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1998.

⁵³⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << *Elementos de*>>, op. cit., pág. 414, para el Derecho común.

⁵³¹ STSJ ARA 2/2008, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 2/2008, de 30 de enero de 2008, como resumen cabe decir: *“Sucesión hereditaria: legado de usufructo de bien que impide cubrir con el valor de los libres la legítima colectiva del hijo de la testadora. Aceptación de la herencia: renuncia tácita a la acción de*

descarta que “se pudiera rechazar la acción ejercitada por el hecho de que el hijo hubiera aceptado la herencia de su madre”. El mencionado Tribunal confirma la sentencia de instancia que declara que se tenga por no puesto en su totalidad el legado de usufructo vitalicio sobre un piso porque el valor de los bienes atribuidos libres de gravamen no cubre el importe de la legítima colectiva que corresponde al hijo, que asciende a la mitad del valor del caudal relicto⁵³².

D.- LA RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

La renuncia a la legítima, en Derecho aragonés, realizada en cualquier momento, antes o después de la delación, es válida. Es el art. 492.1 CDFA, el que establece de forma amplia la renuncia a la legítima: *“La renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio”*. Pero, dependiendo del momento en que se haga la renuncia, se somete a un régimen distinto de forma y capacidad, tal y como informa el apartado 2 del precepto anterior: *“Los requisitos de capacidad y forma de la renuncia a la legítima son, cuando se hace después de la delación, los mismos de la repudiación de la herencia, y, cuando se hace antes, los mismos del otorgamiento de pactos sucesorios”*.

Es el propio legitimario quien renuncia o transige sobre los derechos legitimarios. De acuerdo con el art. 492.3 CDFA, la renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que tengan su origen en la sucesión voluntaria del causante. Por tanto, la renuncia a la legítima, supone la renuncia a reclamar en caso de infracción, cuantitativa

protección de la legítima o acto propio del heredero”; STSJ ARA 25/2013, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 875/2013, de 24 de junio de 2013, en su F. J. 5º p.2, manifiesta: *“Analizando la prueba, estima – la Audiencia Provincial – que de la lectura de las escrituras de aceptación de herencia no se deduce donde está el límite de la propiedad discutida, realizando consideraciones relativas a la prueba documental y testifical, para concluir que dicho elemento configurador de la acción ejercitada no resulta acreditado, por lo que procede la desestimación del recurso”*, y en su F. J. 8º p.8 dice: *“Así, la Sala asume la instancia y resuelve en los términos en que se ha planteado el debate, procediendo la estimación de la demanda, en cuanto a la segunda pretensión ejercitada y sostenida”*.

⁵³² STSJ ARA 4/2015, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 3/2015, de 19 de enero de 2015, en su F. J. 2º p.5, indica: *“ Como acertadamente indica la parte recurrente, si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima – artículo 489.1 CDFA -, que necesariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizado el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la operación posterior de reducción de liberalidades – artículo 495 CDFA – se siga el orden legalmente establecido”*.

o cualitativa, de la legítima. Quien haya procedido a renunciar queda privado del ejercicio de las acciones que la ley atribuye a los legitimarios, pero salvo declaración en contrario de quien renuncia, no afectará a los derechos que le puedan corresponder al renunciante en la sucesión legal ni a los que le provengan de la sucesión voluntaria del causante.

La renuncia a la legítima, por tanto, no impedirá que quien renuncia a la misma acepte otros beneficios sucesorios⁵³³. Las donaciones que hubiera podido percibir el renunciante no quedan excluidas de la imputación a la legítima, según art. 491 CDFA, en relación con el art. 489.2 CDFA.

No obstante, si la simple renuncia a la legítima no implica la renuncia a las atribuciones que le pudieran corresponder al renunciante en la sucesión legal o voluntaria del causante, en cambio, la renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendiente supone la renuncia a la legítima, conforme al art. 492.4 CDFA.

El legislador, según opinión de SERRANO GARCÍA⁵³⁴ ha entendido que no es posible repudiar la herencia o el legado y reclamar la legítima lo que, aunque puede dar lugar a la exclusión de quien repudia de eventuales acciones de reducción de liberalidades frente a terceros⁵³⁵, es claro que supone una ampliación de las facultades de disposición del causante, que resulta coherente con el sistema legitimario aragonés, que se ha venido exponiendo.

De acuerdo con lo establecido en el art. 341 CDFA, en el supuesto de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal, y tampoco tienen la condición de legitimarios de grado preferente aquellos descendientes de los que hubiesen renunciado a su legítima, conforme al art. 488.2 CDFA.

Por otra parte, si los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes no alcanzasen la cuantía de la legítima colectiva, podrán reducirse las liberalidades

⁵³³ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, 5ª edición, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 366.

⁵³⁴ SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 2025.

⁵³⁵ MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario>>, op. cit., pág. 238, lo critica por entender que puede dar lugar a resultados injustos.

hechas en favor de no descendientes, conforme a lo establecido por el art. 494 CDFA, del que se desprende que, salvo que la voluntad del disponente fuese otra, el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal; la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de no llevar a cabo su derecho de reclamación no incrementa el derecho de los demás, sino que resultará ampliada la parte de libre disposición.

E.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO ARAGONÉS

El CDFA, en su primer precepto, establece uno de los rasgos más característicos de la legítima aragonesa: su carácter colectivo⁵³⁶. En este sentido conforme al art. 486.1 – Legítima colectiva -: *“La mitad del caudal fijado conforme al art. 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios”*. Como vemos, *“debe recaer en descendientes”*, y, por tales, entendemos que son aquellos que están unidos al causante sólo por vínculo sanguíneo o por adopción, es decir, no existe otro condicionamiento, como, a nuestro juicio, podría ser que, con respecto al causante, los mencionados descendientes, tuviesen una dependencia económica, un mayor patrimonio, o unos superiores ingresos económicos, para que fuesen legitimarios.

Con el término de legítima “colectiva”⁵³⁷ se pretende reflejar el conocimiento de que no existe en Derecho aragonés, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas legitimarios, una legítima individual, a salvo, posiblemente, del derecho de alimentos del art. 515 CDFA. Es el conjunto de descendientes, el que debe recibir el importe de la legítima, sin que, precisamente, ninguno de ellos le asista el derecho a recibir una porción concreta. No existe una expectativa hereditaria, concreta desde un principio⁵³⁸, ya que hasta que no se procede a la efectiva distribución de la legítima, que lleva a cabo el causante, entre los distintos legitimarios, todos desconocen en qué proporción serán beneficiarios. Ninguno de los legitimarios de grado preferente, salvo que sea el único, o

⁵³⁶ El Preámbulo de la ley destaca que la legítima, “como límite de la libertad de disponer que gozan los aragoneses, sigue siendo legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno sólo de ellos – obviamente, también al nieto viviendo el hijo – como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio”.

⁵³⁷ MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario>>, op. cit., pág. 227.

⁵³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Las legítimas en la Compilación >>, en *RCDI*, núm. XLIV, 1968, pág. 519.

todos al unísono, ostenta un derecho a parte alguna y concreta en la herencia del causante.

Por lo tanto, al no existir una legítima individual, ningún legitimario puede ser demandado por infringir lo que no existe, la legítima estricta. En Derecho aragonés no existe la acción de suplemento de la legítima y tampoco procede la colación en los bienes donados a descendientes, según el art. 362 CDFA⁵³⁹.

El mismo carácter colectivo lleva implícita la facultad de desigualar a los distintos descendientes, según se establece en el art. 486.2 CDFA o, observada en sus máximas consecuencias, es posible excluir totalmente a un hijo, sin precisar alegar causa alguna – justa o injusta – para ello⁵⁴⁰.

Como manifiesta SÁNCHEZ-RUBIO, el mencionado carácter colectivo de la legítima aragonesa es, realmente, un modo de expresar la libertad de que goza el causante para distribuirla entre sus descendientes.

El conjunto de legitimarios no tiene personalidad y no puede ser titular de derecho alguno, sus integrantes, los legitimarios, sólo pueden reclamar a extraños si existe lesión y son de grado preferente, pero no reclaman para el grupo sino para sí mismos, y no la totalidad de la lesión sino su parte individual⁵⁴¹.

El art. 486.2 CDFA, posterior a reconocer el amplio número de posibilidades de que se haya podido atribuir la legítima de modo igual o desigual entre los descendientes, finaliza declarando que en el supuesto de que no se haya distribuido o atribuido de otra manera, *“la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”*, que es una solución que ofrece dicho precepto. O sea, que la legítima colectiva puede distribuirse, igual o

⁵³⁹ SERRANO GARCÍA, I.: << Las legítimas en Aragón >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones*, director: GETE-ALONSO Y CALERA, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuter, 2011, pág. 1973.

⁵⁴⁰ Se sigue el art. 119 Compilación, que establecía: *“Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo”*. El carácter colectivo de la legítima permite la acumulación del patrimonio casal en una sola mano, con el único requisito de que el beneficiario sea un descendiente del causante. Así pudo ser históricamente, desde el siglo XIV, aunque el asunto no está exento de cierta controversia.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: << La legítima >>, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2ª edición, director: J. DELGADO ECHEVERRÍA, coordinador: M. A. PARRA LUCÁN, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pág. 635.

desigualmente, entre todos o varios de los descendientes, o atribuirse a uno solo de ellos.

El causante ha podido distribuir los bienes de manera diferente a la igualitaria y, si no ha dispuesto de todos o parte de sus bienes y se abre la sucesión legal, y la legítima no se encuentra satisfecha o no lo está del todo, las normas de la sucesión legal llaman, en primer lugar, a sus descendientes que, como sabemos, son los únicos legitimarios en Aragón.

Lo que los descendientes reciban en la sucesión legal, por derecho propio o por sustitución, se imputa a la legítima colectiva. En el supuesto de lesión de la legítima, ejercida la acción de reducción, cada uno de los legitimarios de grado preferente tiene derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal, según indica el art. 494.2 CDFA⁵⁴².

F.- LEGITIMARIOS DE GRADO PREFERENTE

A pesar de que, tal y como hemos indicado, legitimarios son todos los descendientes, el Derecho aragonés distingue dentro de los legitimarios a los de “grado preferente⁵⁴³”, a los que reconoce legitimación para el ejercicio de las acciones de lesión cuantitativa de la legítima – art. 494.2 CDFA -, en la regulación de la preterición no intencional – art. 508.2 CDFA -, de la exclusión o desheredación por error – art. 514 CDFA – y al establecer la legitimación para pedir alimentos si no han sido favorecidos – art. 515 CDFA -.

Los legitimarios que no son de grado preferente no gozan de la legitimación por ley para ejercitar la acción de lesión cuantitativa de la legítima, salvo reconocimiento voluntario del disponente - de acuerdo con el art. 494.2 CDFA, el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcionar a su cuota en la sucesión legal -, pero lo que perciban del causante por donación o sucesión se imputa a

⁵⁴² Posterior a la publicación del CDFA, SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1976.

⁵⁴³ STSJ ARA 9/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 1589/2011, de 22 de septiembre de 2011, en su F.J. 3º p.6, manifiesta: “.... No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que éste tenga descendientes, sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido”.

la legítima, y sí le es posible ejercitar la acción de defensa de la intangibilidad cualitativa⁵⁴⁴. En la actualidad, el CDFAS establece con claridad quienes son legitimarios de grado preferente en su art. 488:

a.-) “Son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes”.

b.-) “No tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a su legítima”. Existen, por tanto, unos legitimarios de grado preferente que lo son por derecho propio y otros legitimarios que pueden alcanzar dicha condición a través de quiénes en principio debieran tenerla, como consecuencia de los efectos que provoca la sustitución legal.

La sustitución legal puede suceder en la sucesión voluntaria y en la legal y también en la legítima, de acuerdo con el art. 335.1 CDFA. La sustitución implica, como manifiestan PARRA LUCÁN y BARRIO GALLARDO⁵⁴⁵, “que los descendientes de un llamado – a título universal o particular o legitimario de grado preferente – ocupan el lugar de éste – en la sucesión o en la legítima – por sustitución”.

Con respecto a los efectos de la sustitución legal en la legítima, el art. 340.1 CDFA establece que la condición de legitimario de grado preferente del sustituido corresponde a su estirpe de descendientes, de modo que el sustituto o sustitutos legales ocupan el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución⁵⁴⁶. Si en los momentos de la apertura de la sucesión, del fallecimiento del causante, o cuando se produzca la delación hereditaria, sí ésta acontece en un momento posterior⁵⁴⁷, “el legitimario ha premuerto, ha sido desheredado con causa legal o declarado indigno de suceder” adquirirán la condición de legitimarios de grado preferente sus descendientes. Aparecen, como decimos, las causas de sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente que tiene lugar cuando el legitimario

⁵⁴⁴ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: op. cit., pág. 637; SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1985.

⁵⁴⁵ PARRA LUCÁN, M. A. y BARRIO GALLARDO, A.: op. cit., pág. 365.

⁵⁴⁶ SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1978.

⁵⁴⁷ Puede tener lugar, por ejemplo, a consecuencia del acto de ejecución de la fiducia o en la institución bajo condición suspensiva, según art. 321 CDFA.

ha premuerto, o bien, ha sido desheredado con causa legal, o declarado indigno de suceder⁵⁴⁸. La sustitución se produce a favor de los descendientes del sustituido, sin limitación de grado, ya que la condición de legitimario pertenece a toda su estirpe, de acuerdo con el art. 340 CDFA.

De la misma forma se producen estos efectos, aunque los sustitutos concurren solos por aplicación extensiva del art. 338.2 CDFA: *“La sustitución legal a favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurren solos dividen por estirpes”*. En este último caso no serán legitimarios de grado preferente por derecho propio sino, igualmente por sustitución legal, una vez agotado el primer grado de la línea recta descendiente – por ejemplo, habiendo únicamente nietos y ningún hijo que conserve esta cualidad -. Pero en el supuesto, de que tenga lugar la sustitución legal de todos los hijos – legitimarios de grado preferente por derecho propio -, si alguno de ellos no tiene hijos que le sustituyan, los hijos de los demás, únicos legitimarios de grado preferente – por sustitución – tendrán derecho a la legítima colectiva entera.

Lo anterior es así porque pasan a ser únicos legitimarios, y la mitad del caudal – determinado conforme al art. 489 LDFA – debe recaer en descendientes según el art. 486 CDFA⁵⁴⁹. Por el contrario, la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás, como indica el art. 494,3 CDFA.

V.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL PAÍS VASCO

La Comunidad Autónoma Vasca ha padecido en el ámbito del Derecho civil una proverbial fragmentación legislativa que se hace sentir, en profundidad, en materia sucesoria. La causa de dicha fragmentación ha radicado, por una parte, en la

⁵⁴⁸ Art. 339.1 CDFA, en el que se regula cuando tiene lugar la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente.

⁵⁴⁹ GIL NOGUERAS, L. A.: << De la legítima >>, en *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinador: MERINO HERNÁNDEZ, Zaragoza, Son Libros, 2006, pág. 615; SERRANO GARCÍA, I.: op. cit., pág. 1988, lo explican como un supuesto de acrecimiento.

coexistencia dentro de su territorio de dos normas: la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco – LDCFPV – y del CC. Pero, por otra parte, además, en la propia estructura de la Ley vasca, la cual no contemplaba un ordenamiento sucesorio único y uniforme para los tres territorios históricos que integran dicha Comunidad Autónoma. Antes bien, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, cada una de ellas, con un ordenamiento civil primitivo y singular, cuya vigencia ni siquiera se extendía a la totalidad de sus respectivos ámbitos espaciales.

La singularidad de cada uno de tales Derechos sucesorios vascos, según manifiesta GALICIA AIZPURUA⁵⁵⁰, se localizaba, por comparación al propio del CC, ante todo en dos ámbitos. El primero se refería a los instrumentos de los que el causante podía valerse para ordenar su sucesión. El segundo ámbito, en el que los Fueros vascos mostraban su especialidad frente al ordenamiento civil del Estado, era el de la sucesión forzosa, es decir, el conjunto de límites que el causante, imperativamente, había de respetar en el momento de disponer *mortis causa* de sus bienes y que se establecía en beneficio directo de ciertos parientes. Lo cierto es que la sucesión forzosa es materia de suma importancia en todo régimen sucesorio.

En realidad, sólo dos de los territorios históricos articulaban un régimen completo en este campo, ya que el tercero, es decir, el Fuero guipuzcoano, se limitaba en realidad a modular el sistema legitimario del CC, aplicable en dicho territorio histórico. Tal modulación se dirigía a la flexibilización del sistema de legítimas contenido en el CC, para lograr un objetivo de otra forma inalcanzable: la transmisión indivisa del caserío guipuzcoano en favor de solamente alguno o algunos de los herederos forzosos señalados por el CC. Así pues, cabía afirmar que aquel Fuero comportaba, en cierto modo, una ampliación de la libertad dispositiva por causa de muerte, cuando menos entre los legitimarios y en beneficio del titular de una explotación agraria existente en Guipúzcoa,

En cambio, el Fuero de la Tierra alavesa de Ayala si acogía una completa y absoluta libertad de testar, ya que, aunque a su tenor, merecían la consideración de

⁵⁵⁰ GALICIA AIZPURUA, G.: << Legítimas y libertad de testar en el País Vasco >>, en *Tratado de Legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012, págs. 417 y 418.

legitimarios los mismos parientes que, como tales, eran designados por el CC, según el art. 134.2 LDCFPV, el causante podía “apartarlos” completamente de su sucesión y dejar su patrimonio íntegro, si ese era su deseo, a cualquier extraño, conforme al art. 134.1 LDCFPV.

En resumen, el Derecho vizcaíno imponía, por su parte, dos clases de restricciones al causante infanzón: una de ellas de tipo legitimario, por la que le obligaba a reservar para éstos determinada porción de su patrimonio; la otra de naturaleza troncal, ya que el causante que ostentaba la vecindad vizcaína aforada debía dejar los bienes de tal índole a sus parientes tronqueros⁵⁵¹. Una peculiaridad destacada de esta segunda limitación, que por su interés debe ser comentada⁵⁵², consiste en que opera no solamente en beneficio de los parientes en línea recta, sino que, a falta de éstos, según el art. 66.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco – LDCV - son parientes tronqueros, siempre por consanguinidad o adopción, en la línea colateral los parientes colaterales dentro del cuarto grado por la línea de donde proceda el bien raíz, es decir, que también opera en favor de los mencionados colaterales.

La fragmentación legislativa mencionada, puesta de manifiesto por la existencia de cinco estatutos sucesorios diferentes: a saber, el propio del CC, los tres regulados en la LDCFPV para cada uno de los territorios históricos y otro más predicable de los de los vizcaínos no aforados – o vizcaínos de villa -⁵⁵³, a los que se les reconocía la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario, eximiéndoles, por tanto, de las prohibiciones establecidas por el CC⁵⁵⁴.

A.- EL NUEVO DERECHO SUCESORIO VASCO

La LDCFPV, fue la primera norma que, después del Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526, constituyó una regulación del Derecho civil vasco.

La nueva LDCV, contiene el Derecho sucesorio vigente del País Vasco. Su Título II se ocupa de las sucesiones. Con la excepción del Fuero de Ayala y de las normas sobre

⁵⁵¹ Art. 66 LDCV

⁵⁵² <https://www.iberley.es/sucesión-bienes-troncales-país-vasco-59812> (Consultado 07/10/2019).

⁵⁵³ Art. 13 LDCFPV.

⁵⁵⁴ Arts. 669 y 670 CC.

troncalidad en Bizkaia, el Derecho sucesorio en el País Vasco fue siempre consuetudinario. En lo demás, los antiguos documentos atestiguan que se aplicaron normas muy similares en los tres territorios históricos y que incluso los poderes sobre el testamento y la versión de éste como mancomunado se usaron con frecuencia fuera de Vizcaya. Por esta razón, se establece una redacción única, acompañada de las normas especiales para Vizcaya y Ayala, ampliándose de esta forma la libertad del testador.

En lo que respecta a la sucesión forzosa, existen grandes diferencias en nuestro Derecho histórico que han convenido reducir en todo lo posible. El Fuero de Ayala mantiene la total libertad de testar que, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona, se ha creído prudente mantener.

El texto quiere establecer una legítima única de un tercio del patrimonio, para todo el País Vasco. Se estima que esta decisión es muy importante y contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas. La única salvedad es la que, una vez más, opera en el valle de Ayala, a fin de respetar su libertad absoluta de testar al otorgar testamento.

Una de las instituciones más características del Derecho privado de Vizcaya es la troncalidad, que no aparece definida para Guipúzcoa y Álava, porque estos territorios nunca redactaron sus propias leyes. Pero en Vizcaya aparecía en el Fuero y se desarrollaba ampliamente en la Ley vasca de 1992.

Se recoge de forma más amplia el Fuero de Ayala, y, asimismo, desarrolla el texto las normas sobre la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano, y la obligación legal de los adquirentes de mantener el destino del caserío⁵⁵⁵.

Los pactos sucesorios se regulan ampliamente en este Título. Pese a la prohibición del CC, que impedía expresamente el pacto de suceder, la institución estaba viva en Vizcaya, sobre todo en los pactos matrimoniales, y la prohibición no se justifica hoy por buen número de jurista, por lo que se hace necesario dedicarle cierta atención para establecer normas de garantía⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ LDCV, E. M. IV.

⁵⁵⁶ LDCV, E. M. IV.

B.- LA LEGÍTIMA Y LAS LIMITACIONES TRONCALES

El causante vizcaíno nunca ha gozado de una plena libertad de testar, sin embargo, sí de una amplísima “facultad de distribución” que, tradicionalmente, ha tenido como resultado compensar la doble restricción que ha padecido: la derivada de la legítima en tanto que, necesariamente, tenían que percibir los parientes, y la que imponía el principio de troncalidad⁵⁵⁷ como elemento de adscripción familiar de los bienes raíces. En su primitiva forma escrita, en el Fuero Viejo de 1452, la sucesión forzosa de la Tierra Llana vizcaína era puramente troncal.

Sucedió después, en el Fuero Nuevo de 1526, cuando por influjo del Derecho castellano, se introdujo el instituto de las legítimas. Desde entonces, las mencionadas: libertad distributiva, la legítima y las limitaciones troncales eran constantes en el ordenamiento vizcaíno⁵⁵⁸, de suerte que seguían configurando el régimen de sucesión forzosa disciplinado por la LDCFPV⁵⁵⁹.

La troncalidad constituía, en el ordenamiento de Vizcaya, un auténtico molde configurador y delimitador del derecho de propiedad sobre los inmuebles vinculados mediante el que se restringía la facultad dispositiva del dueño con un fin concreto: garantizar su continuidad en el círculo parental, protegiendo el carácter familiar del patrimonio⁵⁶⁰.

Debe tenerse presente, asimismo, que objeto de la troncalidad vizcaína han sido “la propiedad y demás derechos reales de disfrute” que recayesen, no sobre cualquier inmueble, sino solamente sobre los siguientes: primero, “el suelo y todo lo que sobre el mismo se edificara, planta o siembra”; y, segundo “las sepulturas en las iglesias” – art.

⁵⁵⁷ STSJ PAV 8/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 2641/2018, de 10 de diciembre de 2018, en su F. J. 3º p.6, dice: “..... la Constitución según proclama su disposición adicional primera, (....) ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, siendo, sin duda, la más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia el profundo arraigo del principio de troncalidad”.

⁵⁵⁸ Arts. 21 a 30 de la Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava.

⁵⁵⁹ Arts. 53 a 66 LDCFPV.

⁵⁶⁰ STSJ PV 8/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 2641/2018, de 10 de diciembre de 2018, en su F. J. 2º p.7, indica: “Así resulta, con toda claridad: (i) del art. 17 LDCFPV, al proclamar que: La propiedad de los bienes raíces es troncal; (ii) del párrafo primero del art. 23 LDCFPV al disponer que: los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia, es decir, a todos los vizcaínos, aforados o no, y no sólo a los infanzones o vizcaínos avecindados en territorio aforado”.

19 LDCFPV ⁵⁶¹. Entendida esta última como una referencia, recogida en el Fuero Nuevo de 1526, que ha de considerarse carente de efectiva entidad práctica; luego el análisis, justificadamente breve, debe centrarse en el primero de los conjuntos indicados.

Con relación a las limitaciones citadas, sobre la libertad dispositiva del causante, la nueva LDCV, que contiene el Derecho sucesorio vigente, informa sobre las limitaciones que imponen la legítima y la troncalidad: De la legítima que establece indica: La legítima constituye una cuota sobre la herencia, que se determina por su valor económico, y que el causante tiene la facultad de atribuir a sus legitimarios por cualquier título: de herencia, legado, donación o de otro modo. Aunque está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita. La omisión de dicho apartamiento equivale a uno tácito.

La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento. Es posible la renuncia de la legítima, aun antes del fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre éste y el legitimario. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para los que no la hayan renunciado. La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario⁵⁶².

La compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 30 de julio de 1959, fue sustituida por la LDCFPV, que se limitó a hacer la necesaria adaptación del Derecho de troncalidad a nuestros tiempos, eliminando algunos anacronismos que la Compilación de 1959 aún mantenía y restaurando instituciones muy arraigadas de las que prescindía, siendo la peculiaridad más destacada del Derecho Civil de Vizcaya, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad. Uno de los principios cardinales del fuero es el de la troncalidad, o sea, el de la vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína.

⁵⁶¹ El derecho de superficie hace posible la propiedad separada de edificio respecto del suelo donde radica y es este – temporalmente limitado – dominio el que queda sometido al principio de troncalidad. Por el contrario, los derechos reales limitados de disfrute no están, *per se* sujetos a él – GALICIA AIZPURUA, G.: *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 276 y 277.

⁵⁶² Arts. 48 y 49 LDCV.

Con respecto a la limitación a la libertad de testar que impone la troncalidad, se comenta lo más relevante de lo que establece el nuevo Derecho sucesorio vasco contenido en la LDCV – que deroga la LDCFPV -:

La propiedad de los bienes raíces sitos en la tierra llana de Vizcaya y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio es troncal. La troncalidad protege al carácter familiar del patrimonio. A efectos de troncalidad, sólo son bienes raíces, los que estén situados en el infanzonado o tierra llana de Vizcaya o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio. Debe entenderse por infanzonado o tierra llana todo el territorio histórico de Vizcaya, con excepción de la parte no aforada del territorio de las villas de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña.

El propietario de los bienes troncales, sólo tiene la facultad de disponer de ellos si respeta los derechos de los parientes troncales. Los actos de disposición que vulneren tales derechos, únicamente podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en la ley⁵⁶³.

El parentesco troncal queda siempre determinado con relación a un bien raíz sito en el infanzonado o tierra llana de Vizcaya o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio. Es preciso que existan parientes troncales para que los bienes raíces sean troncales. Los bienes adquiridos de quien no sea pariente tronquero, aunque hayan pertenecido antes a alguno de ellos, no se hacen troncales mientras no se transmitan a un descendiente.

A efectos de troncalidad son bienes raíces la propiedad y demás derechos reales de disfrute que recaigan sobre el suelo y todo lo que sobre éste se edifica, planta y siembra. Los bienes muebles destinados o unidos a los anteriores, tendrán la consideración de raíces, salvo que, pudiendo ser separados sin detrimento, se

⁵⁶³ SAP BIZ 348/2014, Sección Tercera, ROJ: SAP BIZ 2468/2014, de 21 de noviembre de 2014, en su F. J. 2º p.3 indica: “Los parientes tronqueros, legitimados para la adquisición podrán, en el plazo de un año, a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en otro caso, desde que tuvieron conocimiento de la venta, pedir judicialmente la nulidad de la misma y que se le adjudique la raíz vendida por su justa valoración, que será pericialmente establecida en el propio procedimiento”.

transmitan independientemente. Ni los frutos pendientes ni las plantas están sujetos al principio de troncalidad, cuando sean objeto de transmisión separada del suelo. Tampoco los árboles, cuando se enajenen para su tala⁵⁶⁴.

La troncalidad nace⁵⁶⁵ desde el momento que una persona de vecindad civil local vizcaína o de los términos municipales de Aramaio y Llodio, adquiere un bien raíz y se extiende desde ese momento a todos sus descendientes, salvo lo establecido en el art. 63.3 LDCV⁵⁶⁶.

Constituida la troncalidad, los parientes tronqueros, tengan o no vecindad civil vasca, son poseedores de su derecho de preferencia en cualquier acto de disposición que lleve a cabo el titular tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Sí al fallecimiento del titular no existen parientes tronqueros en una familia, se extingue la troncalidad. Se extingue también, en el supuesto de que el titular pierda la vecindad civil local vizcaína, y no existan parientes tronqueros en la línea recta ni en el segundo y tercer grado de la colateral. Corresponde a los tronqueros un derecho de adquisición preferente cuando se enajenan bienes troncales a título oneroso a favor de extraños a la troncalidad.

El derecho de adquisición preferente sólo puede ser ejercitado por los tronqueros que gozan de esa preferencia, en el orden que se indica: 1.- Los de la línea recta descendente; 2.- Los de la línea recta ascendente y 3.- Los hermanos y los hijos de hermanos fallecidos, si concurren con aquellos. También habrá lugar a estos derechos cuando la enajenación se efectúe a favor de un pariente tronquero preferente de línea posterior a la de quien ejercita el derecho de adquisición preferente. El derecho de adquisición preferente puede ser renunciado en cualquier tiempo, no obstante, la renuncia no vinculará al tronquero pasado un año desde su fecha⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Arts. 61 a 64 LDCV.

⁵⁶⁵ STSJ PAV 7/2015, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 2673/2015, de 9 de septiembre de 2015, en su F. J. 3º.2 p.2, dice: “La troncalidad es una relación de parentesco entre el titular de la finca y el llamado a adquirirla con preferencia, el tronquero. Ahora bien, la determinación de los parientes que son tronqueros queda limitada a los supuestos mencionados en el antes citado art. 20 LDCF que se refiere, en la línea descendente, a los hijos y demás descendientes de la línea de donde proceda la raíz, y en la ascendente, a los ascendientes de la línea de donde proceda la raíz”.

⁵⁶⁶ Art. 68 LDCV.

⁵⁶⁷ Art. 72 LDCV.

C.- INTANGIBILIDAD CUALITATIVA DE LA LEGÍTIMA

El causante vizcaíno no podía satisfacer la legítima con cuerpos que no fuesen los hereditarios, ni gravar los bienes relictos atribuidos para su pago. De estas dos cuestiones que comportaba la regla general de intangibilidad cualitativa de la legítima, la primera derivaba de los arts. 54 y ss. LDCFPV. Esta afirmación quedaba corroborada por la idea de que las limitaciones troncales y las correspondientes al sistema de legítima constituían una única masa sucesoria. Los bienes de raíces vinculados debían de dejarse necesariamente a los parientes tronqueros de la línea preferente de la que procedían, de manera que su atribución a título gratuito, *inter vivos o mortis causa*, a un extraño o parientes que no pertenecían a dicha línea “*era nula de pleno derecho*”⁵⁶⁸.

Pero aun en el supuesto de que el disponente ordenase la imputación de estos bienes a la parte libre – art. 62.1.II LDCFPV - o, incluso sin hacerlo, no completarían la porción legitimaria, ésta continuaría con la naturaleza de una *pars bonorum* pagadera únicamente con elementos relictos, lo que se deduce de los preceptos antes indicados y de lo dispuesto en el art. 60 LDCFPV, que prohibía la imposición de gravámenes sobre la legítima global – salvo las excepciones en él previstas -.

Puesto que el causante se hallaba obligado a respetar la intangibilidad cualitativa de la legítima, bastaba con que lo hiciese frente a extraños. O sea, no era lícito atribuir al heredero extraño bienes relictos cuyo valor fuese superior al de la parte disponible, ordenándole la restitución del exceso a los legitimarios mediante el pago de cantidad o cosa no relictas; y, por supuesto, nunca podría transmitirle bienes troncales, aunque su valor no superase el de la parte libre.

No obstante lo anterior, después que el causante hubiese atribuido toda la legítima global con el caudal a uno o varios de sus sucesores forzosos y les dejase todos los bienes troncales que en él quedasen, podía conceder a los restantes cantidades o cosas ajenas al mismo como carga a pagar por los adjudicatarios de los bienes, pues, si le era posible distribuirlos desigualmente entre ellos, con mayor razón podría, salvando la integridad cualitativa de la cuota legitimaria y del principio troncal, favorecer a los no

⁵⁶⁸ Art. 24 LDCFPV.

instituidos con créditos contra otro sucesor forzoso, siempre que aquéllos fuesen del mismo grupo que éste y, tratándose de bienes troncales, pertenezcan a su misma línea⁵⁶⁹.

Lo precedente lo confirmaba la LDCFPV⁵⁷⁰, según la cual, no podría imponerse a los hijos, descendientes o ascendientes, *“sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos”*, a lo que añadía que *“Tampoco podrá imponerse sustitución o gravamen sobre bienes troncales, sino a favor de otro pariente tronquero de la misma línea”*.

Como excepción a dicha regla, el art. 60 LDCFPV, en su párrafo final, disponía que los derechos reconocidos al cónyuge viudo y el legado de usufructo universal, voluntariamente, en su favor no afectaban a la intangibilidad cualitativa de la legítima, ni a la que se predica respecto de los bienes troncales. Por otra parte, la nueva LDCV⁵⁷¹, informa acerca de la intangibilidad cualitativa de la legítima en el siguiente sentido:

“No será posible imponer a los hijos y descendientes, sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, a no ser en favor de otros sucesores forzosos”. Asimismo: *“No surtirán efecto a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni tampoco el legado de usufructo universal a favor del mismo”*.

D.- LA TRANSMISIÓN DEL CASERIO GUIPUZCOANO Y EL CÓDIGO CIVIL

En el territorio histórico de Guipúzcoa, no resultaba adecuada la aplicación del CC para la conservación indivisa del patrimonio familiar, singularmente de las explotaciones económicas – agrarias o de otro tipo –, como fue puesta de relieve en numerosas ocasiones. Las críticas, vertidas sobre el régimen legitimario contenido en dicho cuerpo legal, estaban motivadas tanto por la forzosa distribución igualitaria que de todo patrimonio relictos se imponía a través de sus disposiciones, como por la misma naturaleza jurídica con que la legítima se consagra en ellas.

⁵⁶⁹ GALICIA AIZPURUA, G.: << Legítimas y libertad >>, op. cit., pág. 438.

⁵⁷⁰ Art. 60 LDCFPV.

⁵⁷¹ Art. 56 LDCV.

Por consiguiente, su concepción como cuota pagadera en bienes hereditarios, es decir, como *pars bonorum*, según el art. 805 CC, conducía a la inevitable desintegración de la empresa cuando representaba el valor principal del caudal. En tales supuestos, cuando no existían bienes bastantes para satisfacer a los legitimarios con independencia de la explotación, aparecía la necesidad de proceder a su desintegración para poder hacer efectivas las cuotas que a éstos correspondían.

Comentadas las perniciosas consecuencias a las que podía conducir la legítima *pars bonorum*, el legislador estatal introdujo ciertos instrumentos que, pretendidamente, tenían la virtualidad de evitarlas y que, en esencia, consistían en alterar bajo ciertas condiciones y límites, la naturaleza del instituto legitimario permitiendo el pago en metálico al margen de la herencia, esto es, autorizando el uso de un medio de satisfacción que no formara parte del *as relicto*. Ese es el caso, singularmente, de los arts. 841 a 847 CC y, sobre todo, del 1056.p.2 CC.

Sin embargo, semejante excepciones al régimen general resultaban, se decía, insuficientes, bien porque la liquidación en numerario de los derechos legitimarios de los no favorecidos con la empresa constituían en muchas ocasiones un gravamen excesivo para el adjudicatario, o porque, para los supuestos de impago, subsistía la reserva que establecía el ex art. 806 CC: los herederos forzosos insatisfechos podían siempre hacer valer su derecho a la legítima *in natura* y forzar, por tanto, la realización de una nueva partición, resolviéndose la que rigió desde un primer momento, conforme al art. 844.p.2 CC.

El legislador vasco facilitó una solución al problema, mediante la promulgación de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, por la que se modificó la LDCFPV en lo relativo al Fuero civil de Guipúzcoa. Puesto que, en la sucesión del caserío, el obstáculo mayor venía siendo el abono de la legítima del CC, la reforma se centró, fundamentalmente, a salvarlo, mediante el nuevo Libro III de la LDCFPV - arts. 153 a 163⁵⁷² -.

La reforma que se acaba de indicar, posibilitaba la transmisión indivisa del caserío de Guipúzcoa, pero lo hacían manteniendo, al mismo tiempo, el régimen del CC

⁵⁷² Arts. del nuevo Libro III de la LDCFPV, establecido por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, en vigor a partir del 31 de diciembre de 1999. Derogada por la LDCV, el 3 de octubre de 2015.

para todo el resto de guipuzcoanos e incluso para los propios titulares de caseríos sí, además de éste, tenían otros bienes. La solución facilitada por la ley se basaba en la siguiente regla: la exclusión del valor de la explotación de la masa que, para el cálculo de las legítimas, establecía el art. 818 CC cuando el beneficiario o beneficiarios fuesen alguno o algunos de los descendientes o, en su caso, ascendientes, que ostentasen la condición de heredero forzosos.

La nueva LDCV⁵⁷³, trata la transmisión indivisa del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa, en el siguiente sentido: En primer lugar, se entiende por caserío una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes, Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación de pertenecidos del caserío.

La ordenación sucesoria del caserío en el territorio histórico de Guipúzcoa se regirá por las normas de la nueva LDCV, acomodándose a las formas, instituciones y principios tradicionales de dicho territorio histórico. La transmisión a título gratuito de un caserío y sus pertenecidos comprenderá, salvo disposición en contrario, lo establecido en la nueva LDCV⁵⁷⁴.

E.- LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN EN EL FUERO DE AYALA

En el año 1373, por primera vez, el Derecho consuetudinario de la tierra alavesa de Ayala alcanzó su plasmación escrita, fecha en la que se promulgó su originario Fuero, en el que entremezclaron aquellas normas autóctonas con otras provenientes directamente del Derecho castellano – básicamente del Fuero Real -. Ya en esta versión se acogía abiertamente, según ANGOITIA GOROSTIAGA⁵⁷⁵: “la piedra angular en la que se apoya su significación histórica hasta nuestros días”, pues en su capítulo XXVIII se consagraba sin rodeos, en favor del causante de Ayala, la más absoluta libertad de disposición por causa de muerte, lo que, sin embargo, no queda claro es el punto de

⁵⁷³ Arts. 96 a 99 LDCV.

⁵⁷⁴ Art. 99 LDCV.

⁵⁷⁵ ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1999, pág. 27.

partida de dicha disposición, ni tampoco por qué en este territorio se optó por una solución distinta a la que optaron los territorios limítrofes.

Aunque, parece ser, no sea fácil fijar con precisión el origen histórico de tan amplia libertad dispositiva, sin embargo, si es posible afirmar al menos, que su plasmación escrita se inscribe desde comienzos del siglo XIV y que fuera común a diversos ordenamientos del norte de la península, en cuya virtud apareció una legítima, que la doctrina especializada ha denominado “simbólica”, y que según LALINDE ABADÍA⁵⁷⁶, consiste en “la atribución de bienes sin valor económico a los legitimarios, demostrativa de que no han sido preteridos por el testador.

Acción – continúa el autor - que coincide en parte con la desheredación expresa del Derecho romano. Su origen es autóctono, resultando de la convergencia, de una parte, de los ideales de una propiedad libre introducidos por los extranjeros ultra pirenaicos que acuden a la repoblación de los reinos hispánicos, y de otra, de la preocupación medieval general por evitar la división de la propiedad y garantizar la estabilidad del patrimonio familiar.

Aparece en Aragón y Navarra como privilegio de las clases elevadas, extendiéndose luego a las demás, consagrándose en el siglo XIV, concretamente en los años 1307 y 1311, en cuanto a Aragón. De Navarra se transmite a Vizcaya”. No obstante, todo parece indicar que, posteriormente, el ordenamiento sucesorio de Ayala procedió de forma distinta, a como lo hicieron otros territorios de su entorno, como los de Vizcaya y Guipúzcoa.

Así que, aunque los instrumentos empleados fueron totalmente diversos, el ordenamiento sucesorio de Ayala persiguió desde un principio idéntico fin que inspiró el nacimiento de los ordenamientos vizcaíno y guipuzcoano, como era, facilitar el tránsito indiviso del patrimonio familiar desde las manos de su titular a las de sus parientes. Pero mientras estos últimos optaron por la solución técnica de ampliar la libertad distribuidora del causante dentro de los herederos forzosos – sin llegar a sobrepasarla -, aquel optó por liberarle de toda limitación.

⁵⁷⁶ LALINDE ABADIA, J.: *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª edición, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 830.

El hecho de que, según manifiestan los especialistas, el empleo de tan excesiva libertad dispositiva haya coincidido en la práctica con el fin último para cuya satisfacción surgió explica, lo más seguro, su subsistencia sin alteraciones sustanciales desde fechas tan lejanas hasta nuestros días⁵⁷⁷.

Por su parte, la LDCV⁵⁷⁸, se refiere tanto al ámbito territorial del valle de Ayala, como a la libertad de testar que existe en el mismo.

El Derecho civil propio del valle de Ayala es aplicable en los términos municipales de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santacoloma y Sojoguti del municipio de Artziniega. Los que ostenten la vecindad civil local de Ayala pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho.

El apartamiento cabe ser expreso o tácito, individualizado o conjunto. La omisión del apartamiento producirá los efectos que se establecen en el art. 48.3 LDCV: *“La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito”*.

F.- LOS LEGITIMARIOS VASCOS

Según la nueva LDCV⁵⁷⁹, son legitimarios en el País Vasco: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos.

En el infanzonado o tierra llana de Vizcaya, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, las normas sobre la troncalidad prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputaran a su legítima. Los bienes troncales que correspondan al causante se

⁵⁷⁷ Es normal señalar, cuando se analiza el Fuero de Ayala, la casi absoluta inexistencia, a lo largo de todo este tiempo, de casos en los que se haya procedido al apartamiento o exclusión de los parientes, considerándose tales sucesos como excepcionales. Lo que prueba que a pesar de la total libertad de la que gozan los de Ayala para disponer de su herencia, lo normal es que no salga de la familia. URIARTE LEBARIO, L. M.: *El Fuero de Ayala*, Madrid, 1912, pág. 134.

⁵⁷⁸ Arts. 88 a 90 LDCV.

⁵⁷⁹ Arts. 47, 50 y 51 LDCV.

computarán para el cálculo de la cuota de legítima, y se entenderán imputados en primer lugar, a efectuar el pago de la misma, salvo disposición expresa en contrario del testador⁵⁸⁰.

Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes. Los legitimarios vascos pueden recibir su legítima que debe atribuirle el causante, a título de herencia, legado, donación o de otro modo. Los legitimarios tienen derecho a percibir su legítima que el causante en cumplimiento de su obligación debe atribuirles, pero éste puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita. La omisión del apartamiento se considera apartamiento tácito. Los legitimarios, mediante pacto sucesorio con el causante, pueden renunciar a su legítima. Incluso antes del fallecimiento de éste. Salvo renuncia de todos los legitimarios, se mantendrá la intangibilidad de la legítima para aquéllos que no la hayan renunciado⁵⁸¹.

VI.- EL DERECHO SUCESORIO EN NAVARRA

Sí comparamos el Derecho de sucesiones de la Comunidad autónoma de Navarra, establecido por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral – CDCFN -, en relación con los anteriormente expuestos de los restantes territorios españoles con competencia legislativa en la materia, se observa lo siguiente:

La diferencia más relevante que existe en dicha Comunidad autónoma, como indica su CDCFN⁵⁸², es que la legítima que establece, carece de contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercer las acciones propias del heredero. En la nueva redacción del art. 267 CDCFN, aparece: *“La atribución de la legítima navarra con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios*

⁵⁸⁰ Art. 70.7 LDCV.

⁵⁸¹ Art. 48 LDCV.

⁵⁸² Ley 267 CDCFN, modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal”.

A.- LA LEGÍTIMA FORMAL

La libertad sucesoria de Navarra, como manifiesta GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE⁵⁸³: “exige que no exista ningún límite cuantitativo a la voluntad del disponente *mortis causa*. De ahí que la legítima en el sistema sucesorio navarro sea formal y no material. La legítima formal deja en plena libertad a quien dispone de su última voluntad, por testamento, pacto o donación, siempre que cumpla con el formalismo de mencionar a los legitimarios, pero no para dejarles nada, sino todo lo contrario: les tuvo presentes y nada les dejó. El apartamiento no fue un error o la ignorancia de la existencia del legitimario: no hubo preterición porque se le tuvo en cuenta, aunque fuera para excluirlo formalmente. Institución en legítima formal y ausencia de preterición vienen a ser la misma cosa.

Al establecer la legítima formal, continúa el autor, se simplifica el sistema sucesorio ya que todas las previsiones relativas a la protección cuantitativa de la misma – acciones de reducción de legados o donaciones, de suplemento de legítima, etc. – sobran, al igual que las operaciones de cálculo, colación, imputación etc. Únicamente cobra relevancia cuantitativa la legítima cuando concurren a la sucesión del disponente, hijos de matrimonio posterior, en cuyo caso juegan las limitaciones de la ley 272 CDCFN. Desde la ley 14 de las Cortes de Navarra de 1688 la legítima quedó sin contenido material pasando a ser una limitación a la libertad sucesoria simplemente formal ya que ni existen los sueldos febles ni cabe entregar parte alguna del monte comunal que, por definición, no puede corresponder al testador”.

El concepto y la caracterización que de la legítima recoge el ordenamiento navarro difieren respecto de lo que prevén otros ordenamientos civiles. Aquél acoge la denominada legítima formal, frente a otros ordenamientos que siguen el sistema y modelo de legítima material. Ambas clases de legítima cumplen funciones, claramente,

⁵⁸³ GIMENO Y GÓMRZ-LAFUENTE, J. L.: << El régimen sucesorio de la Comunidad Foral de Navarra >>, en *Regímenes económicos matrimoniales y sucesiones. Derecho común foral y especial*, Tomo II, 1ª edición, coordinadores: J. L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE y E. RAJOY BREY, Pamplona, Aranzadi, 2008, págs. 1267 y 1268.

diferentes y cobran significado dentro del entero sistema sucesorio del que forman parte.

Frente a la legítima material, la legítima formal no impone restricción cuantitativa alguna para la disposición *mortis causa*. Por el contrario, permite disponer libérrimamente de los bienes siempre que el disponente cumpla el sencillo trámite de citar a los legitimarios, pero no para atribuirles algo, sino sólo para asegurar que a pesar de que nada le atribuye, los ha tenido en cuanta.

Este tipo de legítima deja en absoluta libertad al testador para disponer de sus bienes, si bien le somete a ese concreto trámite formal de la mención en que la legítima consiste para poder apartar de la herencia a un legitimario. La finalidad de dicho formalismo es la de dar certeza a la voluntad del testador para asegurar que la no atribución de bien o porción alguna al legitimario no es consecuencia de un olvido, del error o de la ignorancia de su existencia⁵⁸⁴.

Por otra parte, al margen ya del lejano origen histórico de la libertad de testar y de la legítima navarra, así como de su inescindible unión con el principio de la unidad de la Casa, ha de ponerse de manifiesto que pese a los cambios de las estructuras familiares, económicas y sociológicas de la sociedad navarra y a pesar de la inexistencia de Casas que planteen problemas de unidad en su sucesión, la libertad de disposición *mortis causa* es un valor firmemente arraigado en las convicciones jurídicas de quien ostenta vecindad navarra. La práctica demuestra el generalizado ejercicio de instituir a los descendientes en la legítima foral, es decir, del apartamiento de la herencia de los legitimarios, sobre todo en los supuestos de disponentes casados⁵⁸⁵.

B.- LOS LEGITIMARIOS NAVARROS

La ley 267 CDCFN⁵⁸⁶ tras recoger el contenido formulario y la significación de la legítima, fija en su segundo inciso la configuración jurídica interna de la institución concretando además alguna cuestión que ya se había suscitado en la jurisprudencia

⁵⁸⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Panorama>>, op. cit., pág. 449.

⁵⁸⁵ VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, edición 1ª, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, págs. 2163 y 2164.

⁵⁸⁶ Modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

respecto a la posición jurídica del legitimario. Así, tras afirmar la carencia de contenido patrimonial alguno, y ser una atribución puramente honorífica y formularia, el precepto niega la cualidad de heredero al legitimario y en consecuencia no le hace responsable de las deudas y obligaciones de la herencia, a la vez que le priva de legitimación para interponer las acciones propias del heredero⁵⁸⁷.

La impugnación del testamento o pacto sucesorio por preterición de los legitimarios es el único cauce idóneo para hacer efectivas pretensiones patrimoniales frente al caudal relicto, en la medida en que cuando la no mención del legitimario se produce, la sanción prevista es la nulidad de la institución de heredero tal como dispone la ley 271 CDCFN⁵⁸⁸. Legítima foral y preterición son pues los dos grandes pilares sobre los que descansa la sucesión voluntaria de los descendientes en el ordenamiento navarro⁵⁸⁹.

La ley 268 CDCFN, antes de su reciente modificación, de 4 de abril de 2019, nos informaba sobre los legitimarios: *Legitimados. “En testamento y pactos sucesorios deberán ser instituidos en la legítima foral: 1.- Los hijos matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptados con adopción plena. 2.- En defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo.* Si comparamos esta redacción con la de la vigente, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril -LFMAFN -, se observa que sólo cambia lo de legitimados por legitimarios y que, respecto de los hijos, desaparecen los calificativos de matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos. Por otra parte, obviamente, todos los hijos del disponente deberán ser mencionados si lo que se pretende es apartarlos de la herencia.

Como excepciones puede mencionarse⁵⁹⁰: no será necesaria la institución en la legítima foral cuando el disponente les hubiese atribuido a los legitimarios cualquier liberalidad a título “*mortis causa*”, o los hubiere desheredado por justa causa, o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél, o hubiesen premuerto sin descendencia.

⁵⁸⁷ Especialmente: la de petición de herencia, ley 324 CDCFN; y la de partición o división, ley 331 CDCFN.

⁵⁸⁸ Modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁵⁸⁹ VV.AA.: << Tratado de Derecho >>, op. cit., pág. 2164.

⁵⁹⁰ Ley 269 CDCFN, modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

C.- EL USUFRUCTO DE VIUEDAD

El usufructo legal de fidelidad - “fidelidad virtual” – es una institución que atribuye a su titular un usufructo universal sobre todo el patrimonio del causante, tanto sean bienes muebles e inmuebles. Constituye una figura de marcado carácter familiar-sucesorio con la que se persigue que el cónyuge viudo mantenga en diviso el patrimonio familiar, continuar disfrutando de este como en vida de su consorte, seguir ostentando la jefatura de la casa y autoridad sobre sus hijos y, en esa medida, limite las posibilidades de disolución de la familiar⁵⁹¹.

Para LACRUZ BERDEJO⁵⁹², la viudedad navarra representa una ventaja matrimonial, no liberalidad – siquiera legal –, indicando que a esta le correspondía una naturaleza onerosa o neutra, en ningún caso lucrativa, por ser carácter recíproco y legal.

Desde una perspectiva técnica, la fidelidad navarra participa de la naturaleza y características propias que corresponden a todo derecho de usufructo, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre el mismo – leyes 408 y ss. CDCFN⁵⁹³ - en los aspectos expresamente regulados en sede sucesoria – ley 266 CDCFN⁵⁹⁴ -.

En consecuencia, es un derecho real *in re aliena* que atribuye legalmente a su beneficiario el uso y disfrute de todos los bienes muebles e inmuebles del causante sin facultarlo para su disposición, aunque dicha facultad puede ser otorgada voluntariamente por el disponente, de acuerdo con la ley 264.2 CDCFN, que dentro de las modificaciones voluntarias factibles por el disponente, tanto en la redacción anterior, como en la reciente experimentada por lo dispuesto en la LFMAFN, coinciden en expresar que: podrá facultar para enajenar o gravar los bienes.

⁵⁹¹ Respecto del usufructo de fidelidad, la STSJ NAV 9/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 658/2016, de 1 de septiembre de 2016, en su F. J. 3º p.5, manifiesta: “En efecto, la invocada ley 257 FN establece que el cónyuge viudo no adquirirá el usufructo de fidelidad si no hiciere inventario de todos los bienes a que conocidamente se extiende el usufructo. El inventario que debe constar en escritura pública Pues bien, desde la doctrina se señala que el precepto persigue fundamentalmente la protección de los derechos del nudo propietario”.

⁵⁹² LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Cuestiones fundamentales de viudedad foral de navarra >>, en RCDI, septiembre – octubre, 1964, págs. 572 y ss.

⁵⁹³ Modificadas las leyes 408, 410, 414, 415, 417 y 418 CDCFN, el 04/04/2019, en vigor, a partir del 16/10/2019.

⁵⁹⁴ Ley modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

Posee un carácter universal que abarca, por principio, todo el patrimonio propio del causante, aunque pueda quedar limitado cuando concurren hijos de anterior matrimonio, o se intenta sobre bienes afectos a otro destino, leyes 255 y 256 CDCFN⁵⁹⁵.

Una vez realizado el comentario sobre el usufructo de viudedad⁵⁹⁶, que existía antes de la modificación experimentada en la CDCFN, por la reciente LFMAFN, consideramos de interés referirnos al mismo tras la citada modificación.

Entre las limitaciones a la libertad de disponer, aparece el cónyuge viudo que tiene el usufructo sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el instante de su fallecimiento.

Al miembro sobreviviente de una pareja estable constituida conforme a lo previsto en el Título VII del Libro I de la presente Compilación, le serán de aplicación todas las disposiciones contenidas en el Capítulo I – dedicado al usufructo de viudedad – del Título X del Libro II, cuando el usufructo le hubiera sido otorgado conforme a lo establecido en la Ley 113 CDCFN, que regula el derecho sucesorio para el supuesto de extinción de la pareja estable, por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes.

Este derecho es inalienable; no obstante, los nudos propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo. Asimismo, su renuncia anticipada, otorgada en escritura pública, es válida antes y después del matrimonio o, en su caso, de la constitución de la pareja estable.

Respecto de los derechos del cónyuge viudo, éste tendrá todos los derechos que, en general, corresponden al usufructuario conforme el Capítulo I del Título IV del Libro III⁵⁹⁷ y los que, en su caso, voluntariamente, le hubiesen sido concedidos por el premuerto o hubieran sido pactados. Asimismo, cuando el usufructo de viudedad recaiga sobre acciones de sociedades anónimas, y siempre que los estatutos, pactos o

⁵⁹⁵ Modificadas las leyes 255 y 156 CDCFN, el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁵⁹⁶ VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2ª edición, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, págs. 892 y 893.

⁵⁹⁷ Leyes 408 a 422 CDCFN, modificadas las leyes 408, 410, 414, 415, 417 y 418, el 04/04/2019, en vigor a partir de 16/10/2019.

acuerdos sociales, no dispongan otra cosa, se tendrán en cuenta, entre otras, las reglas siguientes:

a.-) El derecho preferente para suscribir nuevas acciones corresponde exclusivamente al nudo propietario; pero si éste no hiciera uso de su derecho, el usufructuario podrá suscribir por sí mismo a nombre del nudo propietario, abonando los desembolsos y gastos correspondientes, y en caso de no ejercitar esta facultad podrá exigir el valor de los derechos de suscripción que se hubieren enajenado.

b.-) El usufructo se extenderá a las nuevas acciones suscritas; pero el usufructuario deberá abonar al nudo propietario todos los desembolsos y gastos que la suscripción le hubiere reportado, y si no lo hiciera en el plazo de treinta días a contar del requerimiento del nudo propietario, no tendrá el usufructo sobre las nuevas acciones, y en tal caso le corresponderá el importe de los derechos de suscripción realizados por el nudo propietario. En los supuestos en que el usufructuario deba indemnizar al nudo propietario por los gastos y desembolsos ocasionados, no tendrá derecho a reembolso⁵⁹⁸.

Por otra parte, el cónyuge viudo no tendrá sólo derechos, sino también obligaciones. El cónyuge usufructuario debe: administrar y explotar los bienes con la diligencia que es común y razonable en el ámbito familiar; pagar los gastos de última enfermedad, y de sepelio del premuerto; pagar alimentos, dentro de los límites del disfrute, a los hijos y descendientes del premuerto, a quienes éste tuviera la obligación de prestarlos si hubiera vivido y siempre que aquellos se hallaren en situación legal de poder exigirlos.

Asimismo, será también obligación del cónyuge viudo: pagar con dinero de la herencia las deudas del premuerto que fueren exigibles. Si no hubiere dinero suficiente, podrá enajenar bienes de la herencia previo acuerdo con los nudos propietarios, y a falta de acuerdo o si los nudos propietarios fueren desconocidos o estuvieren ausentes, será necesaria la autorización judicial para enajenar bienes; pagar todas las cargas inherentes al usufructo y abonar la prestación de compensación por desequilibrio cuando

⁵⁹⁸ Ley 258 CDCFN, modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

judicialmente resultare obligado a ello de conformidad con lo establecido en la ley 105⁵⁹⁹.

D.- LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA NAVARRA

El pacto o contrato sucesorio, regulado de forma unitaria y amplia en el Título IV del Libro II – leyes 172 a 183 –⁶⁰⁰ CDCFN, como institución especialmente elaborada por los juristas de Navarra, según la Exposición de Motivos, es una figura compleja y controvertida, que ha sido regulada de forma, no sólo diversa sino dispar, en los distintos ordenamientos jurídicos que la han contemplado sin prohibirla.

El pacto sucesorio es origen de la sucesión contractual, como negocio jurídico por causa de muerte e irrevocable en cuanto a sus efectos, que no se hace depender de la muerte del causante, sino del pacto mismo por el cual varias voluntades quedan vinculadas al objeto de instituir uno o más herederos – bien sean partes del contrato o ajenas al mismo -, realizar atribuciones a título particular – legados – o efectuar disposiciones recíprocas.

La doctrina, en un intento de abarcar todas las modalidades de que es susceptible, la ha definido como aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad – o voluntades -, no pudiendo revocarla dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral – como sucede con el testamento -. El pacto sucesorio es, así, una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad – el instituido o tercero –⁶⁰¹.

En este sentido, la naturaleza del pacto o contrato sucesorio es la de un negocio *mortis causa*, pero en el que la prevalencia del elemento sucesorio frente al contractual le otorga caracteres, frente al contrato y frente al acto jurídico testamentario, que le dotan de una especialidad innegable, la cual es origen, allá donde es admitido de forma amplia y genérica, como en el ordenamiento civil de Navarra, de una normativa propia

⁵⁹⁹ Ley 259 CDCFN, modificada el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁶⁰⁰ Leyes 173, 175, 178, 180 y 182 CDCFN, modificadas el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁶⁰¹ VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, 1ª edición, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, págs. 1431 y 1432.

de carácter complejo y peculiar, tanto en atención al elemento consuetudinario como a la finalidad social que está llamando a cumplir⁶⁰².

Una vez efectuado el breve comentario sobre los pactos o contratos sucesorios⁶⁰³, regulados con anterioridad a la actualización y modificación de la CDCFN, por la reciente LFMAFN, consideramos de interés referirnos a los mismos tras dicha modificación.

Por pacto sucesorio es posible establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión *mortis causa* de una herencia o parte de ella, en vida del causante de la misma. Cuando estos actos supongan cesión de tales derechos a un tercero será exigible el consentimiento del causante.

Respecto de la capacidad de los otorgantes de cualesquiera pactos sucesorios, éstos deben ser mayores de edad. Para los contenidos en capitulaciones o contratos matrimoniales se observará, sin embargo, conforme a la ley 83 CDCFN, lo siguiente:

Con respecto al tiempo y capacidad para su otorgamiento, las capitulaciones o contratos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. En el supuesto de otorgarse durante el matrimonio, podrá darse a sus pactos efecto retroactivo a la fecha de celebración de este, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Podrán los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales y aquellas personas que, teniendo capacidad para ello, vayan a contraerlo. Para las disposiciones que impliquen cualesquiera actos por parte de un otorgante menor de edad, será preciso su emancipación, que tendrá lugar por concesión de quienes ejercen su responsabilidad parental, o bien, por decisión judicial, además de lo previsto en la ley 48 CDCFN.

⁶⁰² MEZQUITA GARCÍA, M. D.: *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pág. 523.

⁶⁰³ Sobre pactos sucesorios la STSJ NAV 4/2006, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 358/2006, de 4 de abril de 2006, en su F. J. 2º p.5, indica: *“Así las cosas, quizá no sea ocioso recordar cómo la doctrina viene indicando que en supuestos como el que nos ocupa, nombramientos de heredero pactados entre dos o más personas en beneficio mutuo o en beneficio de un tercero, el contrato es irrevocable sin necesidad de que el nombrado comparezca para aceptar, lo que supone dar plena eficacia jurídica a la institución de heredero desde el mismo nombramiento, ya que dice la doctrina, las voluntades de los instituyentes quedan vinculadas recíprocamente entre sí aunque no comparezca el instituido, se da la relación bilateral y la vinculación en los instituyentes”*.

Podrán también concurrir a su otorgamiento quienes, por razón o con ocasión del mismo matrimonio, realicen otras disposiciones o renunciaciones a sus derechos. Las capitulaciones quedarán ineficaces si el matrimonio no llegase a celebrarse en el plazo de un año. La nulidad del matrimonio produce la ineficacia de aquellas desde la sentencia que la declare sea firme.

El otorgamiento del pacto sucesorio es un acto personalísimo. A pesar de ello, puede delegarse en otra persona su formalización, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad. Respecto de la forma, son nulos los pactos sucesorios no otorgados en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública. Los pactos sucesorios contenidos en capitulaciones matrimoniales se rigen por las leyes del Título X del Libro I⁶⁰⁴ y, además, por lo establecido en el Título IV del Libro II⁶⁰⁵.

E.- DE LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

Las donaciones *mortis causa* se encuentran reguladas en el Título III, del Libro II – leyes 165 a 171 –, de la CDCFN. Merced a la reciente Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de actualización y modificación de la CDCFN, las leyes 167, 169, 170 y 171, han sido modificadas⁶⁰⁶.

De acuerdo con lo establecido por la Ley 165 CDCFN, “*Son donaciones mortis causa las que se hacen en consideración a la muerte del donante.*”

Se presume que la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél”.

Sin embargo, no son donaciones *mortis causa*, sino *inter vivos* bajo condición las supeditadas a la muerte de un tercero, conforme a la redacción anterior a la reforma de la ley 171 CDCFN, que informaba literalmente: “*Las donaciones que se supeditan a la muerte de un tercero se consideran como donaciones inter vivos bajo condición*”.

⁶⁰⁴ Leyes 120 a 126 CDCFN, modificadas el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁶⁰⁵ Leyes 172, 173, 174 y 175 CDCFN, modificadas las leyes 173 y 175 el 04/04/2019, en vigor a partir del 16/10/2019.

⁶⁰⁶ En vigor a partir del 16/10/2019.

La expresión: “adquisición de los bienes donados” no excluye que la donación pueda realizarse constituyendo o extinguiendo un derecho real a favor del donatario.

Como se ha señalado por la doctrina⁶⁰⁷, la dificultad para una configuración nítida de estas donaciones es consecuencia de su origen e historia y de cierta contradicción entre el tenor de la ley foral y la práctica ordinaria. Con relación al aspecto histórico, por las divergencias históricas entre:

a.-) La donación con efecto inmediatos pero recuperables con la *contemplatio* de una muerte previsible e inmediata no producida – pervive el supuesto en el último párrafo de la ley 169 CDCFN - según la redacción anterior; y tras su modificación, nos informa: que para la revocación de estas donaciones se observarán las mismas formalidades que para su otorgamiento.

Así como que, si la aceptación de la donación hubiera sido comunicada al donante o éste hubiese hecho entrega de los bienes, la revocación no surtirá efecto mientras no sea comunicada al donatario.

b.-) la donación en que la previsión del fallecimiento era temporalmente indeterminada. En este supuesto el efecto real se condiciona suspensivamente al momento de la muerte del donante. Para este caso el carácter convencional – no unilateral - queda perturbado por la posibilidad – ley 168 CDCFN - de que la aceptación del donatario se produzca tras la muerte del donante.

No tiene en cuenta la CDCFN que, en la realidad, la donación *mortis causa* sólo excepcionalmente es revocable, a pesar de lo indicado por la ley 169.1 CDCFN, antes y después de la reforma,

El indicado desajuste entre realidad y CDCFN exigiría aclarar la relación existente entre irrevocabilidad y disposición de los bienes donados. La ley 169, como se ha indicado, en su apartado 1, trata de la revocación – “*El donante podrá en cualquier momento revocar libremente la donación, salvo pacto en contrario o renuncia de la facultad de revocar*” -, pero la CDCFN no se ocupa de la disposición por el donante, a

⁶⁰⁷ D'ORS PÉREZ-PEIX, A.: << Introducción al Título III del Libro II del FN >>, en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVII, Vol. I, Madrid, Edersa, 1998, págs. 77 a 83.

diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el testamento mancomunado – ley 203 CDCFN –.

La revocación afecta a la declaración del donante, no al contenido de la donación. Pero un legado o una institución *ex re certa*, incluso otra donación, pueden provocar una revocación tácita.

Hay que tener en cuenta que el acto de disposición *mortis causa* contra la donación anterior no es un verdadero acto de disposición – lo dispuesto ya no era suyo –, sino la revocación de una donación anterior y como tal, nula, si, como suele ocurrir se pactó la irrevocabilidad⁶⁰⁸.

En cuanto a la capacidad, forma y aceptación, se regulan en las leyes 166, 167 y 168 CDCFN respectivamente. Para donar *mortis causa* es suficiente que el donante tenga capacidad para testar, salvo que se pacte la irrevocabilidad de la donación o ésta se hiciere con entrega de bienes; en estos casos deberá tener también capacidad para disponer *inter vivos*.

En lo que se refiere a la forma, las donaciones *mortis causa* deben otorgarse en escritura pública; únicamente será preciso la asistencia de testigos en los supuestos previstos en la ley 185 CDCFN.

Para la eficacia de las donaciones *mortis causa* es necesaria la aceptación del donatario o de las personas que legalmente le represente. La aceptación podrá hacerse, expresa o tácitamente, tanto en vida del donante como después de su fallecimiento.

⁶⁰⁸ GIMENO Y GÓMRZ-LAFUENTE, J. L.: op. cit., págs. 1253 y 1254.

CAPÍTULO IV

LA EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA Y SU SITUACIÓN ACTUAL

INTRODUCCIÓN

El presente Capítulo se dedica al análisis de la evolución de la familia; al Derecho de familia antes y después de la CE; al patrimonio, con referencia especial al familiar; a los ingresos económicos de la persona, por trabajo y frutos de bienes y a la organización económica de la familia.

Con respecto a la evolución de la familia, se comenta que el modelo de familia occidental al que pertenecemos tiene su origen en el Derecho romano. Familia romana que la constituían un conjunto de personas que, por derecho o por naturaleza, se encontraban sometidas a la potestad del paterfamilias. Se hace referencia a la organización de la familia agnaticia, prácticamente política, con una dirección autoritaria. Con relación a ello, se resalta la conveniencia de recordar que los juristas romanos eran partidarios, por encima de todo, de la autoridad y la disciplina.

Asimismo, se hace referencia a la tendencia a la familia de los pueblos germánicos, que al calor de sus tradiciones comunitarias y de la persistente influencia ética de la Iglesia originarían unos principios que contrastan con los romanos, pero que, como veremos, derivaría como resultado un modelo de familia más dúctil y cohesionada. Se destaca como la gran creación de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad procedía de las concepciones germánicas.

Con relación a la familia de la edad media, veremos que, determinados caracteres típicos configuraban, al menos de forma aproximada, el modelo de familia patriarcal típico de la época, en el que confluían principios romanos, cristianos y germánicos.

Se comenta el modelo de familia regulado por el CC hasta la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, haciendo referencia a que la legislación española hasta prácticamente 1932 se caracterizó por una gran influencia del Derecho canónico en materia de matrimonio civil, de ahí que se mencione la Ley provisional de Matrimonio

Civil de 18 de junio de 1870. Tras el paréntesis en el que estuvo en vigor la Constitución de 9 de diciembre de 1931, y llegado al poder el régimen franquista, se promulgaron importantes leyes que se analizan, entre las que destacan: la Ley de 24 de abril de 1958 y la más importante, de 2 de mayo de 1975.

Asimismo, se analiza la legislación que surge una vez en vigor la CE de 1978, comentando de forma exhaustiva los arts. 32 y 39 de la misma, así como las diversas normas que se promulgaron, siendo las más significativas: Ley 11/1981. de 13 de mayo; Ley 30/1981, de 7 de julio; Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005 de 8 de julio.

Se comenta el patrimonio, su concepto, con especial referencia al familiar, la sucesión patrimonial especial, o sea, cualquier articulación legal que regula la atribución de bienes, derechos y obligaciones – es decir, el patrimonio - para después de la muerte de modo distinto al régimen sucesorio del CC, así como, determinados instrumentos jurídicos para efectuar disposiciones patrimoniales, igualmente, al margen del Derecho sucesorio. De la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se analiza el testamento digital.

Con relación a los ingresos económicos de la persona, se mencionan los provenientes por trabajo realizado y los que son consecuencia del fruto de determinados bienes, y se matiza sobre la diferencia de los bienes inherentes a la persona y de los inembargables. También se trata sobre patrimonio y la inherencia a la persona.

Finalmente, con respecto a la organización económica de la familia, que depende de la que se impongan y acepten los cónyuges, se comentan los diferentes regímenes económicos matrimoniales, y el deber que tienen ambos de contribuir al levantamiento de las cargas de su matrimonio.

I.- EVOLUCIÓN HISTÒRICA DE LA FAMILIA

El modelo de familia occidental, al que pertenecemos, que discurre a través de los siglos con frecuentes agregaciones y vicisitudes, tiene su origen en el Derecho romano: los valores familiares aparecen en los Códigos modernos con la impronta

jurídica de Roma. La figura del paterfamilias⁶⁰⁹, o la huella procedente del matrimonio romano se aprecia no únicamente en el modelo patriarcal, sino en la misma familia burguesa. Además, reaparece incluso en nuestro tiempo⁶¹⁰.

La familia romana propiamente dicha la constituían un conjunto de personas que, por derecho o por naturaleza, se encontraban sometidas a la potestad del paterfamilias. Es decir, esposa, hijos, mujeres de éstos, clientes, esclavos, con todo el existente y complejo patrimonio familiar, formaban la casa y estaban gobernados por la *potestas* del padre de familia. Más lejos de los lazos de la sangre o el parentesco, aparecían los de agnación, que se caracterizaban porque numerosas personas se encontraban bajo la sumisión o *dominium del pater*⁶¹¹.

El centro familiar es la casa, en la que el paterfamilias ejerce su poder en calidad de jefe religioso y político del grupo familiar. La familia se estructura, por consiguiente, de manera patriarcal y jerárquica. Roma domina gran parte del mundo a través de una organización política, administrativa y jurídica, llamativa por su capacidad de coordinación y efectividad.

La organización de la familia agnaticia, prácticamente política, con una dirección autoritaria, es posible que fuese el germen del Estado moderno. Es conveniente recordar que los juristas romanos eran partidarios, por encima de todo, de la autoridad y la disciplina⁶¹². La casa romana representó un centro formativo de educación y disciplina, cuyo modelo se transmitió a los siglos siguientes.

El Derecho romano de Justiniano recibe el modelo de familia secularmente perdurable, fruto de los muchos siglos de tradición histórica, pero acoge las exigencias jurídicas de los nuevos tiempos. La familia de entonces resultó ser un organismo jerárquico, cuya dirección correspondió al padre investido de la *potestas* tradicional⁶¹³,

⁶⁰⁹ Se ha comentado que “El Derecho romano, en la época realmente romana, fue el derecho de los paterfamilias” – BONFANTE, P.: *Curso de Derecho romano. Derecho de familia*, Milán, 1963 pág. 10.

⁶¹⁰ BACHOFEN, J. J.: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1970, pág. 17.

⁶¹¹ “Se llamaba padre de familia al que tenía dominio en la casa”. – ULPIANO: D. 50, 16, 195,2 -.

⁶¹² De lo que nos informa, SCHULZ, F. N.: *Derecho romano clásico*, traductor: S. CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 143.

⁶¹³ D’ORS PÉREZ-PEIX, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, Euns, 1973, pág. 244, observó: “que los romanos tenían conciencia de que la patria potestad era una institución exclusiva de Roma, pero la

pero inducida por los nuevos impulsos éticos; el matrimonio fue un negocio jurídico consensual apoyado en el afecto marital continuado, de manera que si este desaparece el vínculo se disuelve. El divorcio resultó consustancial al matrimonio romano, y ni siquiera los poderes religiosos consiguieron eliminarlo. Lo mismo que en cualquier legislación actual sobre el divorcio, Justiniano estableció unos supuestos amplios⁶¹⁴.

Como manifiesta ALONSO PÉREZ⁶¹⁵: “El concubinato se concibe como un matrimonio secundario – *inaequale coniugium* –, a la manera de numerosos ordenamientos modernos que han regulado las parejas de hecho de forma análoga al matrimonio. Sobre todo, la legislación familiar romano-justinianeana dejará su huella profunda en el Derecho común y en los códigos civiles decimonónicos, no sólo en los aspectos citados, sino en otras áreas familiares: clasificación de los hijos y formas de legitimación, relaciones patrimoniales entre cónyuges, régimen dotal y de separación, donaciones entre esposos y por razón de matrimonio, doctrina de los peculios, adopción plena y menos plena, tutela y curatela”.

A.- TENDENCIA A LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS GERMÁNICOS

Asentados en los territorios del antiguo Imperio romano, los pueblos germánicos al calor de sus tradiciones comunitarias y de la persistente influencia ética de la Iglesia originan unos principios que contrastan con los romanos, pero que derivaría como resultado un modelo de familia más dúctil y cohesionada.

No obstante, lo anterior, se quedan sin su antigua significación, la *Sippe*, o familia agnaticia derivada de un tronco común, y el cuidado *parental*, y la consecuencia es un nuevo modelo de familia cuya referencia es la comunidad matrimonial⁶¹⁶.

intensidad de este poder, y su alcance, fueron progresivamente aminorados, sobre todo, por el cristianismo, de suerte que, la tradición jurídica europea. no recogió más que un débil residuo de la antigua patria potestad”.

⁶¹⁴ El divorcio se configuró en el Derecho romano clásico en base a la cesación de la *affectio maritalis* o consentimiento, manifestado en la mayor parte de los casos en el cese de la convivencia, como establecía el ex art. 86 CC, previo a la Ley 15/2005, de 8 de julio.

⁶¹⁵ ALONSO PÉREZ, M.: << La familia y el Derecho de familia >>, en *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. I, 1ª edición, directores: M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Pamplona, Aranzadi, 2011, pág. 69.

⁶¹⁶ Hasta llegar a esta situación a partir del siglo XI, se ha pasado por una situación de familia similar al modelo antiguo romano: la casa agrupa bajo la potestad paterna a la esposa, hijos, hermanas solteras o viudas – PLANTTZ, HANS.: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traductor: C. MELÓN INFANTE, Barcelona, Bosch, 1957, pág. 280 –,

Es en la asociación matrimonial de marido y mujer donde se encontraba el centro de gravedad de la casa y no en la potestad del marido. La mujer no mantenía ya los viejos lazos con la *Sippe*, que se fueron disolviendo, ni el marido ostentaba potestad sobre ella. Sin ningún tipo de reservas y con carácter definitivo pasa a formar parte de la *domus* del marido, a la que se le atribuía el segundo puesto como señora de la casa. Los hijos constituían parte de la comunidad doméstica en calidad de parientes del padre y de la madre. Se trataba, pues, de una familia solidaria y cohesionada, exenta del autoritarismo y rigidez de la familia romana⁶¹⁷.

El Derecho germánico fortaleció bastante la posición de la esposa legítima en el seno de la casa. En el interior de la esfera doméstica la mujer era la señora de la casa y no estaba obligada a tolerar una postergación ante la concubina del marido. Al mismo tiempo que la Iglesia proclama con seguridad el carácter sacramental del matrimonio, se reforzó la posición de la mujer en la unión conyugal: se ponían obstáculos al divorcio, se sancionaba el repudio, las relaciones extramatrimoniales del marido se consideraban adulterio y, aunque el marido continuó conservando el poder sobre la casa, la mujer llegó a ser una verdadera compañera.

La gran creación de los regímenes económico-matrimoniales de comunidad, procedía de las concepciones germánicas: el matrimonio constituía, realmente, una verdadera sociedad que daba lugar a una comunidad de todos los bienes. Los cónyuges crearon un derecho hereditario y formaban una unidad parental.

La impronta germánica fue portadora de principios fundamentales:

La mujer participa del nombre, estado, domicilio y nacionalidad del marido; obligación y derecho de dirigir el hogar – poder de las llaves –; los cónyuges mutuamente se deben alimentos; así como, entre otros, sistemas económico-matrimoniales de comunidad de ganancias, de muebles y ganancias y universal de bienes; comunidad de administración que reunía al completo el patrimonio conyugal gestionado por el marido⁶¹⁸.

⁶¹⁷ ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., pág. 70.

⁶¹⁸ PLANTTZ, HANS.: op. cit., págs. 284 y ss.

B.- FAMILIA DE LA EDAD MEDIA Y DE LA PRIMERA ILUSTRACIÓN

Determinados caracteres típicos configuraban, al menos de manera aproximada, el modelo de familia patriarcal típico de la época, en el que confluían principios romanos, cristianos y germánicos, que de manera sucinta nos vamos a referir a ellos⁶¹⁹:

a.-) Familia de gran cohesión, estable, consecuencia de un matrimonio para toda la vida sacralizado por la Iglesia⁶²⁰. La influencia de ésta en el ámbito familiar fue muy relevante.

b.-) Dirigida por el padre con una *auctoritas* tuitiva y flexible, por lo menos en el orden de los principios, sin poderse afirmar en la realidad. Aquél ejerce sus funciones conforme de un paternalismo cristiano contrario al despotismo y la arbitrariedad.

c.-) La mujer ostenta el denominado “poder de las llaves” que otorga un señorío o potestad doméstica en el gobierno interno de la familia. Se perpetuará en el ex art.62 CC, previo a la reforma establecida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Pero la mujer debe obediencia al marido, según el recordatorio diario de juristas y moralistas medievales, que se mantendrá sin solución de continuidad hasta el ex art. 57 CC, previo a dicha Ley.

d.-) La participación de la madre en la patria potestad es contrapartida al deber jurídico y religioso que tienen los hijos de obedecer a sus padres, tributarles respeto y reverencia mientras vivan, sea cual fuere la edad, estado o condición social de aquéllos. Sin el consejo o licencia paterna no les es lícito contraer matrimonio.

e.-) La familia medieval, de cuño agrario y componente agnaticio, convive a partir del siglo XII con otro modelo de familia urbana y cognaticia, al establecerse entre los recintos amurallados los primeros “burgueses” dedicados a los oficios artesanales o al comercio.

f.-) Discriminación de los hijos, según nazcan dentro o fuera del matrimonio y, en este último caso, las categorías son ilimitadas – hijos de clérigo, de incesto, de adulterio

⁶¹⁹ ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., págs. 72 y ss.

⁶²⁰ La fidelidad, valor esencial para el matrimonio cristiano, también lo fue para los germanos, que castigaban duramente el adulterio, así lo recuerda HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, traductor: G. HERNÁNDEZ, Barcelona, Ariel, 1987, pág. 133.

etc. -. Cuando se trata de la pluralidad de hijos engendrados por el “señor de la casa”, supuesto que sea él el padre y aspire a reconocerlos, la jerarquización de la familia despierta gran atención.

g.-) Predomina el régimen económico matrimonial de comunidad, pero muy modulado por los patrimonios de la mujer – bienes dotales y parafernales -. Los bienes residen en mano común, aunque el marido en calidad de cabeza de familia ostenta la administración y la posesión.

La pervivencia del concubinato, regulado por Justiniano, se manifiesta en España en la figura de la barraganía – Los Fueros y Las Partidas la disciplinan detalladamente -, antecedente remoto e impropio de la *cohabitación* moderna – “parejas no casadas” -⁶²¹.

Sin tener en cuenta otras características, los siglos que transcurren hasta la destrucción del antiguo régimen prolongan los grandes caracteres de la familia patriarcal, no obstante, se aprecia una consolidación de determinadas connotaciones: la continuada mayor importancia de las capitulaciones matrimoniales, en las que se concretan las aportaciones dotales y parafernales de la esposa, pero también serán medida de su usufructo viudal. Los capítulos nupciales constituían una buena solución para el asentamiento de la economía familiar. Asimismo, la mujer obedecía al marido, pero también gobernaba la casa, aunque se le exigía modestia, dedicación y buena administración económica. Conviene señalar que, si bien sometida a su esposo, aparecen algunas mejoras en su situación:

Como esposa, dirigía el hogar, atendía el servicio, educaba a los hijos existentes y vigilaba su instrucción. La economía exterior era tarea del propio marido. Una relativa división de poderes y cometidos empezaba a observarse en numerosas familias patriarcales, que se hacía consustancial al modelo de familia propio de la burguesía liberal. Sin embargo, es conveniente señalar que, aunque no todos los Estados ofrecían la misma situación, era evidente que la estructura de la familia patriarcal continuaba fiel a su configuración esencial: los poderes del marido se aumentaban en el antiguo régimen, como los del propio Rey, y la incapacidad de la mujer se generaliza, pese a las

⁶²¹ FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia*, III, Barcelona. Bosch, 1985, págs. 14 y ss.

aspiraciones que existían por convertir en socia de pleno derecho a la mujer, al menos, respecto de la adquisición de bienes al morir el marido.⁶²²

C.- FAMILIA DEL CÓDIGO CIVIL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Nuestro CC, como es conocido, procede de la burguesía conservadora de la Restauración borbónica, y las distintas corrientes de pensamiento jurídico que en él confluyen – principalmente el Derecho común y el Derecho castellano – no consiguen impedir que se aprecien los antiguos moldes burgueses del Código civil francés – CCF – que van a terminar influyendo de forma ostensible en la configuración de la familia.

TOMÁS Y VALIENTE, nos informa sobre las opciones de que disponía el que deseara conocer cómo era el modelo de familia burguesa en la época de la Restauración, podía optar por leer las excelentes novelas españolas publicadas por entonces, o estudiar los arts. del Código escritos, por cierto, en prosa clara, precisa y reposada. “Las novelas describen con realismo el mundo burgués, mientras que el Código lo ordena”⁶²³. En verdad, el CC continuaba moviéndose – lo mismo que sucedía con otros Códigos del último tercio del siglo XIX, como eran los casos del Código portugués, italiano y alemán – en la línea trazada por la burguesía capitalista o los grandes poseedores de tierras, viviendo sin atender a las grandes reivindicaciones sociales, que tanta significación tuvieron en Europa desde 1848.

El modelo familiar codificado tampoco fue sensible a las aspiraciones familiares de los movimientos feministas, ni a los cambios que de forma débil preconizaron los católicos liberales que elaboraron la Ley de Matrimonio civil de 1870, que, por otra parte, declaró el matrimonio por su naturaleza perpetuo e indisoluble.

La legislación española hasta prácticamente 1932 se caracterizó por una gran influencia del Derecho canónico en materia de matrimonio civil, de forma que reiteradamente se proclamó la indisolubilidad del matrimonio y la admisión en ese sentido únicamente del *divorcio relativo*. El matrimonio civil era, simplemente, cuando se admitía, meramente subsidiario para cuando uno al menos de los contrayentes no

⁶²² ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., pág. 76.

⁶²³ TOMÁS Y VALIENTE: op. cit., pág. 552.

profesase la religión católica⁶²⁴, y de ahí que el divorcio no se admitiera, al no hacerlo el Derecho canónico.

En esa línea, la Ley provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, que a su vez se basaba en la Constitución de 1869 - la denominada como *Gloriosa* -, declaró terminante y radicalmente la indisolubilidad del vínculo matrimonial⁶²⁵, llegando incluso hasta despojar de retroactividad a las causas de nulidad y negar en la práctica la posibilidad de su disolución por declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges, Es más, el mutuo consentimiento no era bastante ni para la simple separación, contemplándose en su art. 85 un catálogo de ocho causas de divorcio, que sólo autorizaban a solicitarlo al cónyuge inocente, conforme a su art. 86, en una línea de culpabilidad que diferenciaba un cónyuge inocente y otro culpable, lo que sería una constante hasta la Ley 30/1981, de 7 de julio. Por otra parte, se contemplaba que los efectos del divorcio cesarían con la reconciliación de los cónyuges – que debía ponerse en conocimiento del Juez que dictó la sentencia de divorcio -.

Como dice JIMÉNEZ MUÑOZ⁶²⁶: “Consecuentemente con estos precedentes, la redacción originaria del CC denominaba igualmente *divorcio* a una institución que en realidad se correspondía con la separación matrimonial⁶²⁷, en línea con la regulación

⁶²⁴ Lo que se va a prolongar desde 1875 - con la excepción de la II República y su Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932, cuyo art. 1 establecía el matrimonio civil como única forma reconocida, hasta, prácticamente, la derogación de esta Ley por la de 12 de marzo de 1938 -, y, sólo con un carácter limitado, la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del Derecho civil a la libertad en materia religiosa - art. 6.1 -, y el Decreto 1138/1969, de 22 de mayo, de modificación de determinados arts. del Reglamento del Registro Civil, que admitían el matrimonio civil para los no católicos y aquellos que hubieran abandonado tal religión – para lo que bastaba un escrito de abandono dirigido al párroco -.

⁶²⁵ Art. 1: “*El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble*”; art. 83: “*El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida en común de los cónyuges y sus efectos*”; y art. 90.1: “*El matrimonio legítimo se disuelve solamente por la muerte de uno de los cónyuges, debidamente probada*”. Esta indisolubilidad, claramente influenciada por el catolicismo – pese a que el art 27.II de la Constitución de 1869 establecía que: “*la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesen los españoles*” -, contrastaba con el hecho de que la Ley de 1870 imponía revolucionariamente un sistema de matrimonio civil obligatorio, en que ésta era la única forma eficaz – art. 34 -. Sin embargo, con la Restauración – Decreto de 9 de febrero de 1875 y Orden del 27 del mismo mes – se volvió al reconocimiento de efectos civiles al matrimonio canónico y un “consorcio civil” excepcional y subsidiario, para los contrayentes que declarasen ante el Juez municipal no profesar la religión católica, sistema que en 1889 sería asumido por el art. 42 CC.

⁶²⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *Estudios de Derecho de las personas, familia, obligaciones y contratos*, coordinadores: C. A. AGURTO GONZÁLEZ, S. L. QUEQUEJAMA MAMANI, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2017, pág. 163.

⁶²⁷ Art. 104: “*El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados*”; art. 52: “*El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges*” – luego no por otras causas -.

canónica del matrimonio, que el Código asumía, reservando a los tribunales eclesiásticos los procedimientos matrimoniales sobre matrimonios canónicos – que eran la inmensa mayoría, por no decir la práctica totalidad – y dejando para la jurisdicción civil únicamente la adopción de las medidas provisionales y la ejecución de los efectos civiles de las sentencias canónicas”.

El CC es fiel a los postulados de la Constitución de 1876 y se limita a consolidar los valores de la familia burguesa decimonónica, perpetuando al mismo tiempo infinidad de rasgos heredados de la tradición patriarcal. Nada innova respecto del Código civil francés – CCF -, aunque sí cambian algunas instituciones asentadas en nuestro Derecho histórico, a veces de relieve, pero que no son determinantes respecto al modelo familiar regulado.

Sin embargo, no se puede dudar de que existen abundantes peculiaridades del ámbito propio: como la influencia de los cánones de Trento en el ámbito matrimonial⁶²⁸, de nuestras leyes castellanas, que nos dejaron rasgos notables en el régimen económico conyugal, así como en el Derecho de sucesiones y, dentro de éste, en el sistema legitimario; la impronta bien notoria de una burguesía claramente conservadora caracterizada por una creencia señorial, que alentaba una familia de la misma factura, jerárquica, autoritaria y discriminatoria de los hijos no conyugales.

Lo más destacado es que – salvo el paréntesis de la República de 1931 – el modelo ha continuado, prácticamente, sin modificación hasta 1975, con la excepción de alguna alteración relevante en 1958. Así encontramos en el CC un modelo de familia que mantiene rasgos feudales, mientras que la realidad vivida por los españoles y el desarrollo económico y social de los años sesenta del pasado siglo distan de aquél una gran distancia.

Recordemos algunas características y variaciones de conformidad con los preceptos del CC, anteriores a las reformas implantadas por la Constitución de 1978, que se han considerado de interés:

⁶²⁸ Es conveniente para obtener una visión clara acerca del devenir histórico del matrimonio en España, tener en cuenta lo que manifiesta, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: << La regulación histórica del matrimonio en España >>, en Revista *Verbo*, XLIII, números 433-434, marzo-abril, 2005, págs. 245 a 274.

a.-) Obedece al patrón de familia burguesa, de gran estructura agrícola o artesanal. Familia conyugal que coexiste con el modelo, sobre todo en las sociedades rurales, de familia amplia – esto nos ampara para mantener nuestro punto de vista acerca de que la expectativa de legítima por legitimario era muy inferior a la de nuestros días - o consanguínea de factura moderadamente patriarcal. El CC de entonces parecía tener presente, por encima de todo, el tipo de familia campesina, como se deduce de muchos de sus artículos, que se referían a la miseria, servidumbres y con frecuencia a los sirvientes⁶²⁹.

La triple calificación que DIEZ-PICAZO atribuye al cabeza de familia en el CC, como legislador, juez y patrón⁶³⁰, recuerda la vieja *potestas* del padre de familia romano, parecida en su ámbito doméstico a la que ostentaban los reyes, los magistrados e incluso la sacral de los sacerdotes, en cuanto dirigía el culto doméstico⁶³¹.

b.-) La mujer estaba subordinada al marido, tanto en el aspecto personal⁶³², como en el patrimonial, ya que “el marido era el administrador de los bienes de la sociedad conyugal”⁶³³, como contrapartida la mujer recibía la protección marital⁶³⁴.

c.-) La subordinación de la mujer al marido – compatible con el dominio de aquélla en el ámbito doméstico -, era una forma de expresar la total *potestas* del padre y marido: hijos y esposa le estaban sometidos, como lo prueba la antigua legislación del CC y, en determinados casos, con frases elocuentes como las que se indican: “Sólo el marido fijaba el domicilio conyugal”; “El marido era el representante legal de la mujer, que no podía comparecer en juicio sin su asistencia”; “Sujeta la mujer en el campo patrimonial, siempre pendiente de la licencia del marido”.

d.-) La burguesía católica de signo conservador terminó imponiendo el matrimonio canónico obligatorio para quienes profesasen la Religión Católica.

⁶²⁹ ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., pág. 96.

⁶³⁰ DIEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid. Civitas, 1984, pág. 74.

⁶³¹ Según la criticada, pero siempre recurrente posición sobre “la familia primitiva como organismo político” regido por el paterfamilias de, BONFANTE, P.: *Instituciones de Derecho romano*, 3ª edición, traducción especial, Madrid, Reus, 1965, págs. 142 y ss.

⁶³² Deber de obediencia, según ex art. 58 CC.

⁶³³ Ex art. 59.1 CC.

⁶³⁴ Ex art. 57 CC.

Sólo la Iglesia tenía competencia en las causas de nulidad y separación⁶³⁵. El matrimonio civil únicamente podían celebrarlo los que declarasen que no profesaban la Religión Católica.

e.-) El modelo burgués de familia penetrado por viejos rasgos patriarcales aparece en nuestro CC. A título de ejemplo, podemos mencionar: la continua discriminación de los hijos legítimos, legitimados, ilegítimos naturales, ilegítimos no naturales, con diferente protección jurídica⁶³⁶; para que las aventuras extraconyugales no derivasen en complicaciones familiares, hereditarias o judiciales, nada más apropiado que prohibir la investigación de la paternidad⁶³⁷.

En la época a la que correspondió un escenario familiar, un tanto desolador, al que nos hemos referido, recogido en el CC de 1989 y en gran medida vigente casi un siglo, hasta 1978, existieron ciertos brotes legislativos⁶³⁸ que intentaron romper el modelo de familia burguesa, y dieron paso desde la segunda mitad del siglo pasado al modelo propio de la actual sociedad tecnificada. Algunos ejemplos, lo acreditan:

a.-) La Real Orden de 27 de agosto de 1906, que estimó lesiva para la libertad de los católicos que optasen por el matrimonio civil, de conformidad con el ex art. 42 CC, la necesidad de declarar que ya no profesaban la Religión Católica: *“no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil Declaración alguna relativa a la religión que profesen”*⁶³⁹.

b.-) La forma de matrimonio civil, subsidiaria del ex art. 42 CC fue derogada durante la República de 1931 y sustituida por el matrimonio civil obligatorio. La Constitución Española, de 9 de diciembre de 1931, proclamó el principio de aconfesionalidad del Estado, la libertad de conciencia y de profesar cualquier religión, el divorcio por mutuo acuerdo, o unilateral alegando justa causa⁶⁴⁰. Consecuente con tal

⁶³⁵ Conforme a los ex arts. 42, 75 y 80 CC.

⁶³⁶ De acuerdo con los ex arts. 108 a 141 CC.

⁶³⁷ Ex art. 141 CC.

⁶³⁸ A veces artificiales, en todo caso incompletos.

⁶³⁹ La Real Orden de 1906 fue tachada de “introducir descaradamente” el matrimonio civil facultativo según, FUENMAYOR CHAMPIN DE, A.: << El sistema matrimonial español >>, en sep. *RGLJ*, Madrid, 1959, págs. 17 y 18.

⁶⁴⁰ Arts. 3, 27 y 43, respectivamente, de la Constitución Española, de 9 de diciembre de 1931.

ideología, se promulgó la Ley de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932, cuyo art. 1, estableció como única forma de matrimonio el civil para todos los españoles, así como la Ley reguladora del divorcio de 2 de marzo de 1932.

Dicha Constitución Española de 1931, supuso un cambio radical en la visión sobre el divorcio existente con inmediata anterioridad, al establecer su art. 43 que el matrimonio “podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”. Se considera como divorcio, por primera vez en España, el *divorcio vincular*, al reconocerse la posibilidad de que por medio de él pueda disolverse el matrimonio, y se contemplan las causas por las que puede procederse al mismo:

El simple mutuo disenso y la concurrencia de justa causa⁶⁴¹. Con ello se recogía la distinción, procedente de la doctrina francesa, entre divorcio por causa indeterminada y por causa determinada, de modo que cuando se solicitaba por ambos cónyuges de mutuo acuerdo no era precisa la manifestación de una causa para ello, mientras que si la petición se realizaba por uno solo si era precisa la concurrencia de esa “justa causa”, que había de ser de las contempladas legalmente con carácter taxativo⁶⁴².

Al final de la contienda civil de 1939 se terminó con la Constitución de 1931 y con las leyes de matrimonio civil y divorcio. Se restableció la vigencia del ex art. 42 y de todos los demás preceptos del CC, relacionados con el Derecho de familia⁶⁴³. Cuando se inicia la nueva situación política retrocedemos, pues, a la misma situación de 1889.

c.-) La Ley de 24 de abril de 1958, supuso una modificación de cierto alcance, una mejora del antiguo sistema jurídico familiar del CC, pero el núcleo esencial continuó inalterable, entre otras, las reformas de interés fueron: supresión del colegio de padres

⁶⁴¹ Llegándose a un nivel de detalle probablemente poco adecuado para tratarse de una Constitución, pero tal vez explicable por la novedad que suponía el reconocimiento del *divorcio vincular* y la admisión de que pudiera procederse a él por simple mutuo acuerdo, sin necesidad de concurrencia de ninguna otra causa.

⁶⁴² JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: op. cit., págs. 165 y 166.

⁶⁴³ El permitir el divorcio vincular por la Ley de 2 de marzo de 1932, la legislación de la Segunda República española fue más radical que la Primera en su ataque a la concepción tradicional de la familia en España, señala, GARCÍA CANTERO, G.: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma, Madrid, 1959, pág. 19.

que precisaban los hijos mayores de edad para contraer matrimonio⁶⁴⁴; reforma del régimen de la adopción más acorde con el relieve que esta figura había adquirido durante el siglo XX⁶⁴⁵; desaparición de ciertas discriminaciones muy importantes en contra de la mujer entre las causas de desaparición⁶⁴⁶.

d.-) A partir de la Ley de Libertad Religiosa, de 28 de junio de 1967, sucesivas disposiciones suavizaron la interpretación del ex art. 42 CC, con el fin de volver a su primitiva valoración, de forma que pudiesen contraer matrimonio civil quienes declarasen no profesar la Religión Católica. Ya no se exigía probar, resultaba suficiente con la mera declaración⁶⁴⁷.

e.-) La reforma más importante, sin ninguna duda, tuvo lugar a pocos meses del final del régimen de la dictadura: La Ley 14/1975, de 2 de mayo, de Reforma de determinados arts. del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

Esta última ley, manifestaba que muchas ideas y concepciones del franquismo estaban caducas y sostenidas artificialmente, mientras aparecían los primeros augurios de una nueva etapa, en la que deberían reinar los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico, conforme el art. 1 CE – la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político -. En su Exposición de Motivos se advierte: “que las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del Derecho de Familia”⁶⁴⁸. Pero se dice a continuación que “tal propósito sólo debe acometerse de manera prudente”.

⁶⁴⁴ Ex art. 47 CC.

⁶⁴⁵ Ex arts. 172 a 180; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia y sucesiones*, 9ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 284, dicen: “Una reforma de la adopción que dejó vivos los obstáculos para su plena efectividad, y que a los pocos años resultara insuficiente”.

⁶⁴⁶ Ex art. 105 CC.

⁶⁴⁷ DIEZ-PICAZO, L.: << Familia y>>, op. cit., pág. 47, opinaba que la mentalidad del legislador de 1958, “parece tener ribetes teológicos y metafísicos”. Sobre todo, anacrónicos y acientíficos.

⁶⁴⁸ DIEZ-PICAZO, L.: << Familia y>>, op. cit., págs. 41 y ss, pone de manifiesto algunas de esas transformaciones profundas que hicieron aconsejable la reforma del Derecho de Familia cuando Franco y su régimen estaban a punto de desaparecer: “progresiva extinción de la familia extensa, de índole patriarcal y jerárquica, que venía a constituir una unidad política y una unidad de producción, y que interferida por el modelo burgués decimonónico, penetra en los códigos civiles, nuevo modelo familiar propio del siglo XX, de índole nuclear y urbano compuesto casi exclusivamente por la pareja y su familia; familia que se desprende de su estructura jerárquica y se constituye sobre bases asociativas e igualitarias; que diversifica sus roles o funciones, y la mujer cada vez más trabaja fuera del hogar; desaparición, en fin,

Es indudable que procedió con excesiva prudencia la Ley de 1975, antes citada, pero eso no es inconveniente para reconocer sus importantes modificaciones, que todavía perduran, como indicaban los siguientes arts. de dicha Ley. Así, entre otras: El matrimonio por sí mismo no incide en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española, según el art. 21; Los cónyuges fijarán de común acuerdo la residencia familiar, conforme al art. 58, privilegio que siempre correspondió al marido; desaparece la fórmula discriminatoria de la protección como atributo del marido y la obediencia como obligación de la mujer, como establece el art. 57; el matrimonio no limita la capacidad de obrar de los cónyuges, de acuerdo con el art. 62.

El régimen franquista, que en aquel momento se encontraba próximo a su fin, era incapaz, en sí mismo, de realizar una metamorfosis plena del ordenamiento jurídico familiar. Quedaron pendientes muchas reformas por hacer en el Derecho de Familia, que la Ley de 1975, no llevó a cabo: regulación de los gananciales, supresión del régimen dotal, abolición de los parafernales, todo el derecho de filiación, patria potestad y tutela⁶⁴⁹.

II.- LA FAMILIA DESDE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La CE de 1978 no sólo acaba con un modelo de familia nacido en 1939, sino también con las propias esencias de la familia burguesa con grandes influencias patriarcales de larga y recidiva pervivencia. El nuevo Derecho de Familia es coincidente con la denominada posmodernidad.

El *ius connubi*, o derecho a contraer matrimonio regulado en el art. 32 CE⁶⁵⁰, a nuestro entender, debería estar recogido en la sección 1ª, Capítulo II, Título I, es decir, como un derecho fundamental, habida cuenta de la trascendencia que el matrimonio

de la mayor parte de las funciones sociales que a la familia tradicional le venían encomendadas, lo que ha generado una diversidad de tipos o modelos de familia”.

⁶⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L.: << Familia y >>, op. cit., pág. 62, señala que “ha de situarse la reforma de 1975 dentro de su marco histórico, sin dramatizarla excesivamente. Tampoco sin idílicas ilusiones. Tiene que ser un anticipo de una reforma de la legislación sobre el Derecho d Familia, que tiene que ser, sin duda, más amplia”.

⁶⁵⁰ Art. 32.1 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

ha tenido en todos los tiempos, continúa teniendo en la actualidad y es de prever que conserve en el futuro. En todo caso, no debió separarse nunca el matrimonio del régimen constitucional de la familia, contemplado en el art. 39 CE⁶⁵¹.

Una inapropiada decisión, que aún se pone más de manifiesto al colocar una institución tan fundamental como la familia, en el Capítulo III, que trata *“De los principios rectores de la política social y económica”*, separada del matrimonio, el tronco fundamental del que deriva el Derecho de Familia. La familia, por lo último indicado, se reduce a mero principio rector de la política social y económica, como el suelo, el medio ambiente o la defensa de los consumidores. Una degradación constitucional⁶⁵².

Son muchos los preceptos constitucionales que de un modo más o menos directo afectan al Derecho de Familia. Mencionaremos algunas de sus normas básicas: El Art. 32 CE regula, como hemos indicado, el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, en conexión con el art. 14 CE, que prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo y proclama la igualdad de todos ante la ley.

El propio art. 32 CE citado, señala una disciplina del matrimonio en sus líneas esenciales, que después desarrolló la importante Ley, que fue muy polémica en su día, 30/1981, de 7 de julio, *“por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”*.

De la citada Ley 30/1981, son destacables dos aspectos cardinales, de acuerdo con el art. 32 CE: las formas de matrimonio y las causas de disolución matrimonial:

Respecto del primero, parece evidente que dicha Ley interpretó la expresión “formas” no en el sentido del llamado sistema matrimonial latino, como clases de matrimonio⁶⁵³, sino como un único matrimonio, que puede celebrarse en forma religiosa o canónica. De hecho, sea cualquiera la forma de celebración del matrimonio, la legislación civil regula la institución matrimonial.

⁶⁵¹ Art. 39.1 CE: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

⁶⁵² GARCÍA CANERO, G.: << Familia y Constitución >>, en *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Libro Pórtico, Zaragoza, 1982, pág. 199.

⁶⁵³ Canónico, religioso, civil, cada uno regulado por su correspondiente normativa, reconocidas plenamente por la legislación del Estado a todos los efectos civiles.

Al matrimonio religioso se le aplica la normativa legal del Estado en tema de nulidad, separación y divorcio⁶⁵⁴. Asimismo, otros arts. corroboran la unidad del matrimonio que puede celebrarse en forma religiosa o civil⁶⁵⁵.

Con respecto a la disolución matrimonial, como segundo aspecto de los dos citados, el divorcio fue introducido en España como divorcio *causal*, precedido inexcusablemente de la separación que también lo era, ésta se apoyaba en una causalidad en buena medida culpable⁶⁵⁶. Las causas de divorcio⁶⁵⁷, se situaban entre el denominado “divorcio remedio” y el “divorcio fracaso” o quiebra del matrimonio por ruptura de la vida entre cónyuges. En el fondo de aquellas causas, por un lado confusas, y, por otro nmm , deficientemente formuladas, existía, muy probablemente, un determinado consenso sobre el divorcio, que llegó a sus últimas consecuencias después de casi un cuarto de siglo de divorcio creciente.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha conducido el divorcio permitido por el art. 32 CE mediante la expresión “causas de disolución” a límites insospechados por el constituyente de 1978: el divorcio por puro consenso o decisión unilateral se proyecta sobre todo matrimonio.

El art. 39 CE es el precepto constitucional dedicado por antonomasia a la familia. De los principios que sienta, claramente modernos, comentamos lo siguiente:

Comienza dicho precepto estableciendo: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. Consideramos que hace referencia a los tres poderes del Estado, y no sólo al Ejecutivo. Como manifiesta ALONSO PÉREZ⁶⁵⁸: “No vale escamotearla, como se hace en España donde esta norma se incumple de forma clamorosa. Uno de los países menos protectores de la familia: tanto las ayudas económicas como el fomento de la natalidad y el bienestar familiar están bajo mínimos,

⁶⁵⁴ Arts. 73, 81 y 85 CC.

⁶⁵⁵ Arts. 59, 63 y 80 CC.

⁶⁵⁶ Ex art. 82 CC, derogado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

⁶⁵⁷ Ex art. 86 CC redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁶⁵⁸ ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., pág. 117.

comparado con países europeos como Francia, Reino Unido, Alemania, Países Escandinavos, Italia, Finlandia, etc.

No digamos, continúa el autor, lo que ha supuesto la política legislativa deletérea de la familia: basta contemplar las leyes donde se ofrece el aborto libre, el divorcio nuestro de cada día, el antinatural matrimonio de homosexuales, la proyectada eutanasia, el feminismo de género enemigo del modelo de familia matrimonial, creador de hostilidad entre los sexos, la violencia familiar desatada etc.”.

Está claro, que el empeño constitucional de obligar a los poderes públicos a que aseguren la protección de la familia en el plano social, económico y jurídico se ha quedado, después de más de cuarenta años, a medio camino o todavía más corto. En diversos ámbitos no ha pasado de ser una magnífica ensoñación constitucional⁶⁵⁹.

Entre lo establecido por el art. 39 CE, en su apartado 2 nos informa: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos ...*”. Cuestión que no parece muy convincente, pues los hijos siguen la misma suerte de la familia, de la que forman parte o han sido los verdaderos autores de ella⁶⁶⁰, y no gozan de mayor protección. Sin embargo, el legislador, que de ninguna manera atiende de modo integral a los hijos, como tampoco los poderes estatales restantes, obliga a padres, tutores y personas o instituciones de guarda y acogida a dar a los menores y protegidos una formación integral⁶⁶¹.

El art. 39 CE, también en su apartado 2, añade: “*Los poderes públicos aseguran ... la protección integral ... de las madres, cualquiera que sea su estado civil*”. Es decir, se concede, asimismo, una protección integral, sólo a las madres y sea cual fuese su estado civil – soltera, casada, viuda, separada o divorciada -. Sin ninguna duda, nos parece sensacional la protección de la maternidad, especialmente en situaciones de desamparo

⁶⁵⁹ DIAZ MORFA, J.: << La familia ante una encrucijada histórica >>, en AW, VI-2004, pág. 26, manifiesta: “¿Protección constitucional de la familia? Palabras vanas, si no hipócritas: el deterioro de la familia en la sociedad española es constante y progresivo; a la cola de las ayudas familiares en comparación con nuestros vecinos europeos; muchos jóvenes y menos jóvenes se mueven cada vez más entre drogas, alcoholismo, fracaso escolar, embarazos no deseados, píldoras abortivas etc.”.

⁶⁶⁰ MARIAS AGUILERA, J.: << Familia y elección >>, en *La familia, diálogo recuperable*, Madrid, Editorial Karpos, 1976, págs. 339 y ss., dice: “cuando los hijos nacen, sobreviene una familia ..., ha sobrevenido una familia a la que pertenezco ...”.

⁶⁶¹ Arts. 154.1, 269.2 y 173 CC.

y con cargas familiares. Nos llama la atención, eso sí, el por qué no se protege a los padres⁶⁶², que no pueden tener medios y sí soportar también cargas familiares. Cómo queda la igualdad constitucional entre el hombre y la mujer, y lo que establece el art. 66 CC. También la paternidad, a nuestro entender, merece protección constitucional.

Finalmente, los apartados 3 y 4 del art. 39 CE, nos dicen, respectivamente: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*; *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Con relación a lo anterior, esos preceptos constitucionales en torno a los hijos y niños, en general significan:

a.-) El texto consagra la indeclinable función de la patria potestad que, en la actualidad, es más un conjunto de cargas, deberes y responsabilidades, propias de una autoridad tutiva con unas facultades de corrección muy limitadas. No se dice que los padres ejercen unas potestades sobre sus hijos, sino que han de prestar asistencia de todo orden, según manifiesta el Tribunal Constitucional⁶⁶³.

b.-) La protección asistencial de todo orden que compete a los padres biológicos y adoptivos afecta por igual a todos los hijos, sean o no matrimoniales, consecuencia de la igualdad de todos ante la ley y la no discriminación por razón de nacimiento⁶⁶⁴.

c.-) Que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*, un ejemplo de ello, entre otros, es la Declaración de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.

Pero no sólo la CE dedica a la familia los 32 y 39. Otros preceptos atribuyen derecho a personas como constituyentes de una familia y, en suma, revierten en tutela

⁶⁶² GARCÍA CANTERO, G.: << Familia y >>, op. cit., pág. 201., dice: “no se entiende muy bien el silencio que el art. 39 CE guarda respecto de los padres, salvo para imponerles obligaciones, lo que constituye una desigualdad de trato, en cuanto a tutela constitucional directa, en relación con las madres, que no se compadece mucho con el principio de igualdad constitucional del art. 14 CE”.

⁶⁶³ STC 7/1994, Sala Primera, de 17 de enero de 1994, BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1994, en su F. J. 3B, manifiesta: *“La finalidad de la norma – art. 39.3 CE – que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral”*.

⁶⁶⁴ Art. 14 CE.

del organismo familiar: Derecho a la intimidad familiar – art.18.1 CE -; Derecho a la educación – art. 27 CE -; Derecho a un trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia – art. 35.1 CE -; Otros derechos de la familia: vivienda – art. 47 CE -; salud – art. 43 CE -; propiedad – art. 33 CE -; Seguridad Social – art. 41 CE -; etc.

Asimismo, la normativa constitucional sobre la familia ha desarrollado una amplia legislación sobre la misma, de acuerdo con los nuevos principios que rigen la institución en la actualidad. A título de ejemplo mencionaremos las que, a nuestro juicio, tuvieron un mayor impacto: La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, fueron las dos primeras leyes de amplio alcance, que modificaron ampliamente nuestro Derecho de familia, recién iniciada la etapa constitucional de 1978. Ambas se promulgaron en obediencia a los mandatos constitucionales expresados en los arts. 14, 32 y 39 CE.

La ley de 13 de mayo de 1981, modificó, a nuestro entender, con gran acierto, todo el derecho de filiación del CC⁶⁶⁵, anclado aún en el antiguo régimen patriarcal y feudal, aceptado en este aspecto por la burguesía liberal; igualmente todo el antiguo sistema de relaciones paternofiliales, basado en la *potestas* autoritaria del padre y en situaciones de sumisión y obediencia.

También se modificó el régimen económico del matrimonio, eliminando el sistema dotal y los denominados parafernales, renovando el clásico sistema español de gananciales adaptándolo a los nuevos tiempos. A la vez se concedió mayor importancia al régimen de separación de bienes y se implantó el complejo régimen de participación, de menor uso, probablemente, que los anteriores.

⁶⁶⁵ El TC aclara las confusiones que pudieran producirse tras la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, como lo hace en su STC 105/2017, Sala Segunda, de 18 de septiembre de 2017, BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2017, en su F. J. 3º p.3, manifiesta: “Por ello, atendiendo al contenido de la queja que se formula en la demanda de amparo, el objeto de este proceso constitucional no consiste en comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los artículos 14, 9.3 y 39.2 CE en relación con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro enjuiciamiento, sino en verificar si los órganos judiciales que dictaron las resoluciones impugnadas respetaron o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a la demandante del derecho reclamado al calor de la interpretación realizada de la sucesión normativa y de la eficacia de la norma constitucional”.

En la citada Ley 11/1981, aparecen aspectos especialmente relevantes por mandato constitucional: igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, la protección integral que los padres deben dispensar a los hijos, la libre investigación de la paternidad, el ejercicio de la patria potestad en beneficio exclusivo de los hijos, otorgar o modificar las capitulaciones matrimoniales antes o después del matrimonio⁶⁶⁶.

Con respecto a la Ley 30/1981, de 7 de julio, su finalidad fue modificar la regulación del matrimonio y determinar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta Ley modificó los arts. 42 a 107 CC y supuso un cambio esencial en la concepción del matrimonio, comparado con la antigua normativa inicial del CC de 1889.

Por otra parte, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia de tutela, modificó profundamente las instituciones tutelares y de guarda, e instauró un *ius novum* totalmente distinto del Derecho existente sobre la materia. Al mismo tiempo también lo complicó. No existió consenso sobre si la institución había de albergarse en el ámbito del Derecho de familia, en el campo del Derecho familiar, o en el Derecho de la persona⁶⁶⁷.

Aunque tradicionalmente se situaba en el ámbito del Derecho de familia, bajo la idea, sobre todo, de que la tutela suplía la falta de patria potestad, no obstante, hoy existen voces autorizadas que la ven como institución más propia del Derecho de la persona, como manifiesta LASARTE ÁLVAREZ⁶⁶⁸: “en las últimas décadas del siglo XX y primera del XXI, de profunda modificaciones legislativas, ha traído consigo que autores sumamente autorizados hayan defendido la integración sistemática de la tutela en el estudio del Derecho de la persona”.

⁶⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos, IV. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1984, págs. 40 a 68.

⁶⁶⁷ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: op. cit., pág. 296, entienden que: “la nueva tutela de la Ley de 1983 es una institución concebida fundamentalmente para las personas que no pueden valerse por sí mismas – incapaces –, y aplicable con algunas matizaciones a los menores no sujetos a patria potestad. Predomina la conceptualización de la tutela como instituto íntimamente vinculado con el estado civil de las personas. Por otra parte, el papel relevante que se concede a la autoridad judicial en todo el desarrollo legislativo de esa idea, relega a la familia del tutelado hacia posiciones que podríamos calificar de secundarias, pues lo cierto es que, será una tutela de autoridad y no de familia”-

⁶⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, VI, 7ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 369.

Otra novedad legislativa, relacionada con la familia, fue la de la importante Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados arts. del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC – en materia de adopción. Introdujo cambios importantes con el fin de mejorar las deficiencias que poseía la legislación anterior⁶⁶⁹, entre ellas, la falta casi absoluta de control judicial en las actuaciones que precedían a la adopción, de modo que se favorecía con ello el lamentable tráfico de niños y la adecuada selección de los adoptantes.

Asimismo, se acabó con la inútil figura de la adopción simple, “que – según GONZÁLEZ LEÓN⁶⁷⁰ – desvirtuaba la esencia de la adopción, porque no creaba una relación paterno filial ni rompía los lazos del adoptado con su familia de origen, utilizándose la mayoría de las veces para adoptar a personas mayores de edad con la finalidad de obtener ventajas de carácter patrimonial”. Se pone fin también a la adopción indiscriminada de personas mayores de edad, de manera que la Reforma de 1987 reserva la adopción, salvo determinadas excepciones, para los menores de edad. Los Tribunales resuelven los problemas que sobre la adopción se les plantean⁶⁷¹.

Se promulgaron otras leyes posconstitucionales importantes, novadoras del Derecho de familia, de las que nos limitaremos a mencionar algunas de las más destacadas⁶⁷², aunque debe decirse, a nuestro juicio, que el cambio sustancial del Derecho de familia tras la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, se asienta en las cuatro leyes que hemos comentado, relativas al Derecho de filiación, regulación del matrimonio, tutela y adopción, después retocadas o modificadas por otras posteriores,

⁶⁶⁹ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción.

⁶⁷⁰ GONZÁLEZ LEÓN, C.: *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 28.

⁶⁷¹ STS 259/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1485/2019, de 10 de mayo de 2019, en su F. J. 2º.3, manifiesta: “Decisión de la sala. Desestimación del recurso. En sustancia los dos motivos plantean que no ha quedado probado que hubiera aceptación de la herencia antes de la adopción del menor y que, producida la adopción, el menor ya no era heredero, por haber quedado extinguidos los vínculos con la familia de origen”; STS 78/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 404/2018, de 4 de febrero de 2018, en su F. J. 3º.3 p.7, pronuncia: “Se aprecia pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia de Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009”.

⁶⁷² Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, que eleva a principios fundamentales del Derecho el interés superior del menor; Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

pero sin olvidar la primera transformación operada del Derecho de familia tras la promulgación de nuestra Ley Fundamental.

Finalmente, dos leyes que llevan el matrimonio demasiado lejos, tal como lo contempla el art. 32 CE, son la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

Sobre la Ley 13/2005, lo más significativo es que procedió de forma abrupta a introducir la figura del matrimonio homosexual, apoyándose, como dice ALONSO PÉREZ⁶⁷³: “en sagrados valores y principios constitucionales de forma incorrecta y falaz, como la libertad – art. 1 CE -, el libre desarrollo de la personalidad - art. 10 CE – y la no discriminación – art. 14 CE-“. No obstante, el Tribunal Constitucional desestima un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra dicha ley⁶⁷⁴.

La Ley 15/2005 – continúa el autor -: “llevó el matrimonio a la pérdida de su sustancia ética, de su mismo carácter institucional o consorcial, comunidad de vida y afecto, para convertirlo en un contrato de vida efímera a merced de los esposos”.

III.- CUESTIONES PREVIAS RELATIVAS AL PATRIMONIO

Considerado el patrimonio como uno de los grandes hallazgos del pensamiento jurídico del siglo XIX, es, por otra parte, uno de los más discutidos: su existencia y

⁶⁷³ ALONSO PÉREZ, M.: op. cit., págs. 129 y 139, respectivamente.

⁶⁷⁴ STC 198/2012, Pleno del Tribunal, de 6 de noviembre de 2012, BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, en su F. J. 3º p.2, manifiesta: “En relación con la alegada vulneración del principio de igualdad, los recurrentes entienden que la equiparación entre de derechos que realiza la norma entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo sería contraria a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, y a la interpretación que de estos preceptos ha realizado este Tribunal, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente”; y en su F. J. 9º p.15, indica: “Por tanto, desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada”.

realidad, concepto, estructura, contenido; unicidad o pluralidad; si forman parte de él las deudas. Y, el debate, que aparece poco después de la primera explicación teórica del patrimonio, continúa abierto. Es, por otro lado, muy frecuente al hablar o escribir sobre el patrimonio el destacar desde un comienzo su dificultad, y la dudosa utilidad de su concepto. Sobre estas últimas cuestiones RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁷⁵ dice: acerca de la dificultad, “se da en casi todos los aspectos que alcanzan a esta institución: desde las acepciones del término y propio concepto, donde aparecen ideas muy varias y múltiples teorías, hasta la cuestión de los elementos que lo integran, contenido y demás que he apuntado.

Contribuyen a esa dificultad intrínseca el que en la delimitación del patrimonio se cruzan varios planos: el material-económico, el social, el jurídico; también la evolución social y jurídica de sus formas de presentación y de las unidades patrimoniales que lo componen: de bienes a derechos, de cosas clásicas – materiales tangibles – a bienes y derechos más sutiles y cada día con mayor peso en el patrimonio – energías, fondos de inversión, la propiedad intelectual o industrial –; la abstracción misma de que parte y a que llega; el discutido papel que puede jugar en el patrimonio – jurídico – la actividad profesional, la solvencia que ella da, etc.

¿Unicidad del patrimonio o pluralidad del mismo?; ¿concepto jurídico unitario y pluralidad socio-económica?; ¿Pluralidad conceptual? Son muchos los interrogantes que de aquellos planteamientos derivan, como puede verse.

Dificultad también en cuanto a la naturaleza de la institución, y de ahí la de su ubicación sistemática en el ámbito del Derecho civil: si para unos el lugar más adecuado está próximo a la persona, como proyección de su personalidad, para otros debe incluirse en el ámbito del objeto del derecho – bienes –, o en el del derecho subjetivo, o como un aspecto de los derechos de crédito⁶⁷⁶.

En cuanto a la utilidad – continúa el autor – de esta categoría jurídica como tal, se han preguntado algunos para qué sirve o qué aclara que no explicara ya antes la

⁶⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: << Teoría general del patrimonio >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo I, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 52.

⁶⁷⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J.: << En torno a la teoría del patrimonio >>, en *RGLJ*, 1950, 2º semestre, pág. 17.

ciencia del Derecho o no resolviera el Derecho positivo. A este respecto, frente a los que han exaltado su valor y alcance conceptual y a los escépticos acerca de su interés y utilidad sistemática, y aun de los que hablan directamente de su inutilidad, hay un amplio sector de la doctrina que lo acepta con más o menos entusiasmo como institución importante, siquiera sea instrumental más que esencial”.

A.- PATRIMONIO FAMILIAR

El patrimonio familiar – PF –, como institución jurídica, supone la existencia de tres elementos, como son: cosas, personas y normativa reguladora apropiada. Su denominación expresa las dos grandes nociones que lo definen: Patrimonio, conjunto de bienes y derechos, y familiar, atribución a una familia concreta⁶⁷⁷. Si ésta, como es sabido, es célula básica de la sociedad, primitiva formación orgánica del propio Estado, aquellos bienes y derechos han de cumplir sus fines propios, adaptándose a los tiempos y sucesos históricos y adquiriendo en su íntima naturaleza los principios técnicos de la civilización y el progreso. Consecuencia de ello, es el triple sentido que presenta: Jurídico, social y económico.

Por otra parte, siendo el PF un bien familiar, había de ser responsable de esa primera sociedad el titular del mismo, y éste supeditado al destino de aquélla. Es obvio que el fallecimiento del titular no podía ser impedimento a la continuidad, porque tampoco se extingue la familia, y así vinieron a buscarse a los cánones sucesorios comunes y forales, a las normativas de la comunidad de bienes, y a las particiones, las fórmulas concretas para garantizarles continuidad.

Asimismo, en el supuesto de que no existiesen bienes y derechos, soportes físicos para el PF, se llegó a la solución excepcional de la expropiación forzosa por causa de utilidad social, ya que los bienes y derechos deben cumplir funciones para los titulares de los mismos y para la sociedad. Al respecto dice CASTÁN TOBEÑAS⁶⁷⁸: “la propiedad, que en su concepción individualista era simplemente un derecho del titular,

⁶⁷⁷ Con respecto al Patrimonio Familiar, la STS 641/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3882/2018, de 20 de noviembre de 2018, en su F. J. 2º.2, dice: “La sentencia 221/2011, de 1 de abril, formulo la doctrina siguiente: La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”.

⁶⁷⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo II, Madrid, 1941, pág. 73.

pasará a ser en la concepción solidarista, un derecho que crea obligaciones, y que ha de ser ejecutado en consideración no sólo a la utilidad del propietario, sino también a la utilidad general”. Ningún propietario podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo establecido por las leyes⁶⁷⁹.

Podemos concretar como concepto de PF lo siguiente: “Es el conjunto de bienes y derechos libres de gravámenes e impuestos, inembargables y no susceptibles de enajenación, que la ley destina a una familia con el fin de proteger y asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los acreedores alimentarios, esto es, los integrantes de la familia, como los cónyuges, los descendientes, los ascendientes, en los términos del capítulo de alimentos; de forma que los integrantes de la misma puedan desarrollarse adecuadamente y sostener una calidad de vida aceptable en el hogar”. Con relación al patrimonio de la familia, los Tribunales, en sus diversas resoluciones, aclaran que, cuando la familia se modifica porque uno de los cónyuges pasa a convivir con una tercera persona, el patrimonio de la familia inicial no tiene porqué pasar a pertenecer, sin más, a la familia modificada, como indica la STS 641/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3882/2018, de 20 de noviembre de 2018⁶⁸⁰.

Cuando mencionamos el PF como conjunto de bienes y derechos, obviamente, estamos suponiendo que la familia es propietaria de los mismos; luego conviene tener claro que se entiende por propiedad. De entre todos los derechos reales, existe uno en especial que atribuye a su titular todas las facultades que pueden sobre las cosas y derechos que surjan del pensamiento humano, dentro de los límites que establece la ley, la moral y el orden público y en el contexto de la función social a que responden en los países modernos por imperativo constitucional.

Lo anterior se refiere, evidentemente, al dominio o propiedad, que aparece claramente definida en nuestro CC⁶⁸¹. A este concepto, como dice MEDINA DE

⁶⁷⁹ Art. 33.3 CE.

⁶⁸⁰ En su F. J. 2º.5 (i), manifiesta: “El derecho de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso”....” La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente, como dice la sentencia recurrida”.

⁶⁸¹ Art. 348 CC. “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para

LEMUS⁶⁸²: “no se ha llegado de manera automática, y ni siquiera ha sido objeto de una localización propia e interpretación unánime, sino que se ha fraguado a través de siglos que han ido decantando el concepto inicial hasta la idea moderna de propiedad. Por ello, el estudio de la propiedad exige una consideración detenida de las diversas formas en que se ha expresado a través de las épocas hasta llegar a un instituto, aún no consolidado, porque, sin perjuicio de una idea esencial y unitaria, esquemática, va adaptándose a las necesidades del tiempo, de la técnica y las circunstancias de bienes que constituyen su objeto, en función de la justicia del caso concreto, que exige conjugar el interés particular con el interés general y social”.

Con relación a la defensa de la propiedad, es conveniente conocer los medios adecuados para su uso. Las perturbaciones que puede sufrir un propietario en su derecho, pueden intentar resolverlas por defensa propia, o bien, ante la jurisdicción competente. La doctrina en general, cuando habla de acciones que nacen del dominio, como lo hace PEÑA Y BERNALDO⁶⁸³, se refiere a determinadas facultades del propietario para lograr la reposición de su derecho.

En dicho sentido, cabe clasificar las acciones que constituyen la defensa del dominio en los siguientes términos: Las que tienden a reprimir una perturbación; las que tienden a la actuación judicial de determinadas facultades dominicales; las que defienden la propiedad a través de la eficiencia procesal de la inscripción registral de la posesión; las que preparan un proceso; otras que tienden a reprimir una perturbación de carácter procesal, o también frente a las que tienen respecto al propietario una posición especial.

Se menciona dicha amplitud de vías de defensa de la propiedad porque existe una tendencia a simplificar la protección del dominio, concentrándolo en la acción reivindicatoria, cuando si bien es cierto que dicha acción es la más significativa y relevante, no deben olvidarse otros medios defensivos que, en ocasiones, son los únicos

reivindicarla”. MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho civil de bienes. Derechos reales e inmobiliario registral*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 2003 pág. 317.

⁶⁸² MEDINA DE LEMUS, M.: op. cit., pág. 317.

⁶⁸³ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Centro de estudios registrales, 3ª edición, Madrid, 1999, págs. 331 y ss., que se refiere a diversas facultades del propietario, de las que puede hacer uso para conseguir la reposición de su derecho, Además, de que, según el art. 348.2 CC: “El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

posibles como alternativa a un dudoso éxito de aquélla antes de su planteamiento, por lo que no debe concentrarse todo el esfuerzo en el uso de la acción reivindicatoria.

B.- SUCESIÓN PATRIMONIAL ESPECIAL

Consideramos que debe entenderse por sucesión patrimonial especial, cualquier articulación legal que regula la atribución de bienes, derechos y obligaciones – es decir, el patrimonio – para después de la muerte de modo distinto al régimen sucesorio del CC. Lo que fundamentalmente caracteriza la sucesión especial es que la atribución después de la muerte funciona totalmente al margen del Derecho sucesorio. Por esta razón, la admisibilidad de los contratos sucesorios no supone que estemos ante una sucesión especial, sino que es, en todo caso, una excepción al sistema sucesorio que tiene su base para la disposición del patrimonio *mortis causa* en el testamento. El que resulta designado no es un sucesor en el sentido de Derecho sucesorio, no entra en contacto ni concurre con los sucesores del causante⁶⁸⁴.

En el ordenamiento jurídico aparecen algunas manifestaciones de las que bien podrían denominarse sucesión especial. Uno de los ejemplos más claros de los que puede ser considerada una sucesión especial es la atribución de los derechos arrendaticios derivados del contrato de vivienda regulada en la Ley de Arrendamientos Urbanos⁶⁸⁵.

Asimismo, podemos referirnos a la sucesión anómala, que pretende abarcar cualquier fenómeno de sucesión del patrimonio para después de la muerte que se ordena de manera distinta a la sucesión *mortis causa* ordinaria, no sólo por ley – que siempre son supuestos muy especiales –, sino sobre todo en virtud de la autonomía privada mediante instrumentos negociales que pueden conciliar la exigencia de la transmisión de un bien concreto en vida, con el fin de asegurar la integridad y la continuidad de su destinación, con aquella de salvaguardar la libertad de disposición *mortis causa* hasta el fin de la vida.

⁶⁸⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: << Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, TOMO II, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 585.

⁶⁸⁵ Art. 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, actualizada el 05/03/2019, en vigor el 06/03/2019.

Por lo tanto, el término “sucesión anómala” indica claramente la idea de la importancia que se debe dar a la autonomía privada para atribuir los bienes mediante acuerdos negociales en vida para después de la muerte, sin tener que recurrir al instrumento sucesorio testamentario y sin tener que entrar en conflicto con el sistema sucesorio⁶⁸⁶.

En ocasiones el legislador cuida en precisar que los derechos que se adquieren son independientes de los derechos de los herederos del causante⁶⁸⁷. Pero es un término a la vez muy amplio al abarcar también supuestos que tienen que ver más con los contratos sucesorios, y, en un sistema, como el nuestro, que prohíbe este instrumento *mortis causa*, es necesario distinguir claramente la diferencia entre actos de atribución en vida para después de la muerte y otros actos de atribución que sólo producen efectos después de la muerte del disponente.

También podemos referirnos a la sucesión anticipada que, por el contrario, tiene un significado más preciso: Hay sucesión anticipada cuando se llevan a cabo atribuciones en vida – en la mayoría de las veces mediante la donación – para el pago de la legítima, de la mejora o del tercio de libre disposición en Derecho común. Existe, igualmente, sucesión anticipada cuando se procede a la partición de la herencia en vida – normalmente a través de donaciones de todos los bienes o la partición del patrimonio que permite expresamente el CC⁶⁸⁸-.

De lo anterior, se deduce que son actos de previsión sucesoria que se anticipan a lo que puede suceder después de la muerte. Estos actos tienen algo de *mortis causa*, pero son actos *inter vivos*. La sucesión anticipada podría incluir otros actos en los que el disponente quiere asegurarse a cambio de una atribución patrimonial una asistencia – como podía ser cuidar de su salud - por parte del beneficiario, incluso una ayuda económica – como recibir una pensión, o cubrir cualquier otra circunstancia adversa -.

⁶⁸⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: op. cit., pág. 587.

⁶⁸⁷ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, actualizada el 07/02/2018, en vigor a partir del mismo día. Y la legislación de planes y fondos de pensiones.

⁶⁸⁸ Art. 1056.1 CC: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”. Como este art. se refiere expresamente al testador que “parte” en vida, en este segundo supuesto se discute con fuerza sobre la necesidad de un testamento antes, durante o después a la partición.

La sucesión anticipada suele ser frecuente en las empresas de tipo familiar, en particular cuando son unipersonales⁶⁸⁹.

C.- INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA REALIZAR DISPOSICIONES PATRIMONIALES AL MARGEN DEL DERECHO SUCESORIO

Comenzamos por referirnos a la donación condicionada a la supervivencia del donatario, que es aquella en que la muerte no es la causa, sino el término inicial o final de la adquisición del bien donado, según sea la condición de supervivencia del donatario, suspensiva o resolutoria, produciéndose, por tanto, la consumación definitiva con la muerte del donante y siempre que se cumpla la condición de supervivencia del donatario. A estas donaciones se les suelen denominar “negocios atributivos *post mortem*”⁶⁹⁰.

A dichas donaciones es consustancial que en vida del donante se haya realizado algún acto de atribución patrimonial, algún acto que evidencie que ha deseado consumir la donación en vida.

Por consiguiente, participan de las características de las donaciones *inter vivos*, pero con la singularidad de que su eficacia plena se va a producir sólo con la muerte del donante y la supervivencia del donatario. Con relación a sus elementos estructurales, ALBIEZ DOHRMANN se refiere a ellos, de los que se concreta:

a.-) *Es un contrato o negocio de naturaleza dispositiva*. La atribución significa un acto de disposición que puede ser inmediato, pero que también se puede posponer para más tarde, como en la donación condicionada a la supervivencia del donatario. La donación como negocio atributivo *post mortem*, forzosamente supone un desprendimiento patrimonial en vida para después de la muerte.

⁶⁸⁹ Por todos, PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

⁶⁹⁰ Algunos de los autores que han incidido en el tema: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, págs. 182 y ss. Que asigna a estas donaciones una función sucesoria, pero considera que estas donaciones quedan fuera del art. 620 CC cuando los efectos se producen ya en vida del donante. Desde otra perspectiva, analiza este tipo de donaciones, SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos “post mortem”*, Granada, Comares, 2003, págs. 107 y ss. Para quien el tema central es la irrevocabilidad de las donaciones.

b.-) *La causa donandi*. Con la atribución patrimonial *post mortem* mediante la donación tiene que existir una clara voluntad de desear enriquecer a otra persona. El *animus donandi* es consustancial a este tipo de donaciones como en otra donación cualquiera *inter vivos*. Para algunos autores, entre ellos DORAL GARCÍA, el *animus donandi* está presente en la donación *mortis causa*, hablando, entonces, de una causa mixta por cuanto la muerte constituye, a su vez, causa de esta donación⁶⁹¹. Con este planteamiento se intenta diferenciar la donación *mortis causa* sobre todo de cualquier otra disposición para después de la muerte que sea propiamente sucesoria.

c.-) *La muerte del donante como término inicial o final de la adquisición*. La muerte del donante no constituye propiamente una condición ni es causa de las donaciones *post mortem*. Es un hecho fatídico que puede suceder y, ante la segura eventualidad, una persona opta por realizar un acto de atribución patrimonial, donando un bien a otra, pero con la condición de que le sobreviva el donatario. La muerte es sólo el hecho inicial o el hecho final para que la donación surta definitivamente los efectos deseados por el donante, según que la condición de la supervivencia del donatario sea suspensiva o resolutoria.

d.-) *La premoriencia o supervivencia del donatario como condición*. Un elemento característico de la donación con efectos *post mortem* es que la atribución patrimonial realizada mediante la donación sólo será definitiva si el donatario sobrevive al donante. Lo decisivo, por consiguiente, no es la muerte del donante, sino la condición de la supervivencia del donatario. Esta condición marca la institución de la donación *post mortem*, la impregna por su especial relevancia.

Sujeta una donación a la condición resolutoria de la supervivencia del donatario, la donación misma surte plenos efectos jurídicos, es decir, se produce la transmisión real del bien donado a favor del donatario una vez aceptada por él la donación, con la única particularidad de que, en el hipotético supuesto de morir el donatario antes que el donante, la donación se “resuelve”.

⁶⁹¹ DORAL GARCÍA, J. A.: << Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra >>, en *RJN*, núm. 15, 1993, pág. 99.

En verdad, esta donación condicionada no ofrece ninguna dificultad para su admisión en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, existe una clara semejanza con la donación con cláusula de reversión, admitida de forma amplia en el CC⁶⁹² cuando es en favor de un donante⁶⁹³.

e.--) *Ha de existir un acto de atribución patrimonial en vida del donante.* Toda donación implica, por una parte, un enriquecimiento para el donatario y, por otra, un empobrecimiento para el donante. En definitiva, tiene que producirse en vida del donante a favor del donatario un desplazamiento patrimonial. Por lo general, este desplazamiento tiene lugar, de forma definitiva, en vida del donante, en el mismo momento de la donación, pudiendo reservarse el donante, en su caso, algún derecho sobre el bien donado o retener la posesión del mismo para algún fin concreto.

f.-) *La aceptación de la donación ha de ser en vida del donante.* En el ámbito concreto de la donación como negocio o contrato dispositivo existe la expresa negativa del CC⁶⁹⁴ de otorgar fuerza jurídica a una aceptación que no haya sido hecha en vida del donante. No sólo basta para que la donación produzca efectos que tenga lugar la aceptación en vida del donante, sino que éste tenga conocimiento de la donación, como establece expresamente el CC⁶⁹⁵.

g.-) *¿Es posible la revocación de la donación post mortem?* Uno de los principios generales de la donación *inter vivos* es su irrevocabilidad por la sola voluntad del donante⁶⁹⁶. Incluso se considera que se trata de una característica esencial de la donación, cuya explicación viene dada, fundamentalmente, por el axioma “no vale donar y retener al mismo tiempo”.

Por lo tanto, la donación no sólo causa un desprendimiento patrimonial en vida del donante, por lo que no cabe recuperar el bien por la voluntad unilateral del donante; sino que la donación es, al mismo tiempo, irrevocable. Dicha irrevocabilidad de la

⁶⁹² Art. 641.p.1. CC.

⁶⁹³ SIRVENT GARCÍA, J.: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 40 y ss.

⁶⁹⁴ Art. 633.2 CC.

⁶⁹⁵ Art. 623 CC.

⁶⁹⁶ CRISTÓBAL MONTES, A.: << El principio de irrevocabilidad de las donaciones >>, en *RGLJ*, 1969, págs. 699 y ss.

donación aparece confirmada en el CC⁶⁹⁷ y, tiene también su fundamento, asimismo, en dicho texto legal⁶⁹⁸. Ahora bien, mientras no tenga conocimiento el donante de la aceptación del donatario puede revocar la donación; esta facultad se extingue con la muerte del donante y, por consiguiente, no es transmisible a sus herederos⁶⁹⁹. La exigencia del conocimiento por parte del donante de la aceptación del donatario amplía, en el tiempo, la posibilidad de revocar aún la donación efectuada, con todas las consecuencias que lleva consigo una revocación.

Con relación a lo tratado, nos parece de interés lo manifestado por la STS 738/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1414/2015, de 19 de febrero de 2015⁷⁰⁰.

IV.- PROTECCIÓN DE DATOS Y EL TESTAMENTO DIGITAL

Comentadas en los dos apartados anteriores, algunas de las formas que existen para transmitir bienes y servicios a otras personas, al margen del Derecho sucesorio, consideramos conveniente referirnos a la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales, de 5 de diciembre de 2018, - LOPDP Y GDD - por el interés que despierta su contenido.

En dicha Ley, se afronta un tema que afecta a la persona en su ámbito interno y que tiene que ver con su testamento y los datos personales de la persona fallecida. No solamente los que puedan estar recogidos en el mismo, sino también a cualesquiera otros que puedan aparecer en organismos oficiales, redes sociales, etc.

En el art. 96 de la propia ley, se señala el derecho al testamento digital, pero cuando analizamos su contenido no se refiere propiamente a una disposición testamentaria, sino a los efectos que se derivan de la situación del fallecido en relación

⁶⁹⁷ Arts. 644 a 648 CC, al admitir sólo la revocación en los supuestos previstos por la ley.

⁶⁹⁸ Arts. 1115 y 1256 CC

⁶⁹⁹ RDGRN, de 1 de julio de 2003, en su F. J. 2, concluye: “..... En consecuencia, debe entenderse que, para inscribir la donación, basta con acreditar que la aceptación se produjo durante la vida del donante”.

⁷⁰⁰ En su F. J. 4 p.2 manifiesta: “Así, en primer lugar, y en contra del hilo argumental sustentado por la parte recurrente debe señalarse que, en el presente caso, la aplicación del artículo 1035 del Código Civil queda plenamente justificada en la medida en que el otorgamiento de las referidas donaciones, fuera de su exclusiva valoración en el ámbito de los negocios inter vivos de disposición, queda plenamente justificada en el plano particional de la sucesión que realmente quiso el causante que se llevara a efecto”.

a la información que aparece del mismo y quien tiene un derecho sobre su utilización, destino o supresión. Por otra parte, con relación a la novedad del testamento digital, la propia ley mediante el citado art. señala que el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

“Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares, o, de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión”.

Esta novedad supone un importante avance, ya que hasta ahora existía un vacío legal sobre cómo proceder para poder utilizar o cancelar determinados datos de un heredero.

Continúa indicando la ley: “Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto”.

Este párrafo es consecuencia de las propias disposiciones del causante, él siempre será dueño del destino de sus datos. Como es lógico, cada heredero podrá acceder a conocer los datos de la herencia en cuanto que es parte interesada y le puede afectar.

Los distintos supuestos de la nueva norma. Una vez establecida la regla general, desciende la ley a lo que son los distintos supuestos que se pueden derivar de la misma y, de forma particular, señala:

a.-) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

Se trata de personas e instituciones que directamente han sido nombradas por el testador y, por lo tanto, sigue en la línea actual que marca nuestro ordenamiento.

b.-) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercitarse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

c.-) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercitarse también, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

Una norma de inmediato cumplimiento. En estos dos últimos supuestos quedan reflejados los efectos que la ley y el CC señalan en cuanto a personas que están sometidas a una tutela, y la necesaria intervención del Ministerio Público. Es la consecuencia lógica del sistema actual.

Los efectos que se derivan de todo lo anterior son que las personas legitimadas podrán tener la libre facultad de mantener o eliminar los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, dejando siempre a salvo la voluntad del fallecido sobre el destino de los mismos.

Cualquier responsable al que se le acredite el cumplimiento de los requisitos señalados anteriormente deberá proceder, sin dilación, al cumplimiento de lo solicitado.

El testamento digital garantiza mayor protección. También la ley recoge que, mediante real decreto, se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el art. tercero de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos.

Recoge la nueva ley que esta disposición nace de la competencia estatal del art. 149.1.8 de la CE sobre su competencia en materia civil, sin perjuicio de que la persona fallecida lo haga en una comunidad autónoma con derecho civil foral o especial, ya que

en este caso se registrá por las competencias establecidas en su propia Compilación de Derecho civil.

Esta norma es un claro avance en la protección de derechos, ya que existen personas fallecidas indefensas en esta materia, y sirve para garantizar por ley que se protegerán sus derechos y quienes son los que pueden hacerlo, garantizando la legalidad respecto de unos y otros. Pero la decisión del art. 96 de la LOPDP Y GDD de denominar a este apartado como testamento digital queda desnaturalizada, ya que no introduce un nuevo testamento, probablemente muy necesario con sus garantías correspondientes, sino las consecuencias del contenido del mismo respecto de derechos post mortem de las personas en las redes sociales y organismos públicos, tan necesarios de proteger.

V.- INGRESOS ECONÓMICOS DE LA PERSONA POR TRABAJO Y POR FRUTOS DE BIENES

El principio de ganancialidad de los ingresos por trabajo y actividad de los cónyuges y la de los frutos de los bienes privativos constituye la esencia misma de la sociedad legal de gananciales - de donde procede su nombre -. La titularidad de los bienes que poseían al contraer matrimonio y que obtengan a título gratuito – con la consecuente facultad de explotarlos o no – y la atribución de la libertad de trabajar y realizar actividades – con el límite, en su caso, impuesto por la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, conforme al art. 1318 CC – se atribuyen a los cónyuges. Pero todo lo que obtengan mediante estos bienes – respetando el principio de subrogación -, es decir, los frutos de los mismos, y a través de su trabajo o actividad, pertenece a la sociedad de gananciales. Y ello de la manera más amplia⁷⁰¹.

⁷⁰¹ Aceptable prueba de ello es el art. 1351 CC – a cuyo tenor “las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución, pertenecen a la sociedad de gananciales”- ha sido interpretado como expresivo de la inclusión dentro del activo ganancial – a pesar del art. 1666.p.2 CC – de cualquier ganancia de granjería o de ilícito comercio – drogas, contrabando, armas, comercio sexual, etc. – o, incluso, las que provienen del delito. El cónyuge que trajo las ganancias no puede alegar su propia torpeza para excluir de ellas al otro cónyuge, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 234, que recuerda que ésta era la interpretación del propio GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 1327 PCC51.

La atribución a la sociedad de gananciales de los frutos de los bienes, bien sean gananciales o privativos de los cónyuges, obliga a distinguir, por su gran importancia, entre fruto y capital. Es de interés destacarse, sin duda, la nota de conservación de la cosa en el caso de los frutos. Porque en el ámbito de los bienes privativos, la contraposición es doble:

a.-) Se producirá siempre entre la atribución ganancial en concepto de frutos y la atribución privativa sobre la base del principio de subrogación, según el CC⁷⁰², cuando la explotación no ha preservado la cosa, sino que los bienes en cuestión se han obtenido mediante la destrucción o deterioro de la cosa, o cambio de la misma.

b.-) Sobre la base del principio de accesión, conforme al CC⁷⁰³. En virtud de este segundo principio, cuando las mejoras se hayan incorporado al bien privativo, también a ellas se extiende la privatividad. En consecuencia, se tratará de supuestos en los que exista una incorporación al capital, con pretensiones de permanencia, de afectación a la sustancia.

En cuanto a la segunda contraposición planteada, frutos *versus* accesión o mejoras incorporadas a la sustancia, BERCOVITZ ÁLVAREZ⁷⁰⁴, manifiesta: “planteará también graves dificultades de interpretación cuando los beneficios económicos que genera el bien privativo – en principio frutos, y por tanto gananciales – no son desprendidos del bien privativo, sino que se capitalizan, es decir, se aplican al propio bien privativo, aumentando su valor. El supuesto emblemático de este tipo de problemas es el de la empresa privativa, o el de las participaciones privativas en sociedades.

De modo muy similar al conflicto – tradicional en Derecho mercantil –, continúa el autor, planteado entre los derechos del usufructuario de acciones y el nudo

⁷⁰² Art. 1346.3º CC.

⁷⁰³ Art. 1359.p.1 CC: “Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho”.

⁷⁰⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: << Derechos inherentes a la persona: despachos profesionales y concesiones administrativas y sociedad de gananciales >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005, pág. 1054.

propietario de las mismas, también en el caso de la sociedad de gananciales se produce una contraposición de intereses entre ésta, interesada en el reparto de dividendos – frutos gananciales –; y el patrimonio privativo, que resulta beneficiado si el resultado económico de la empresa se capitaliza, incrementando el valor de la empresa o las participaciones sociales mismas – privativas -. En este caso, no cabe olvidar lo que indica el art. 1359 CC, en su segundo párrafo⁷⁰⁵ – también aplicable a las empresas o establecimientos mercantiles, según el art. 1360 CC –“. Por tanto, situada en estas tensiones o contraposiciones de principios, aparece la clave de buena parte de los problemas planteados por la explotación de bienes inherentes a la persona, que es, precisamente, a lo que se refiere el CC⁷⁰⁶.

La cuestión relevante, los supuestos conflictivos, va a estar en decidir sobre la titularidad resultante de procesos de capitalización del valor de los rendimientos económicos de estos bienes inherentes a la persona. El problema no se encuentra en la concesión de los frutos derivados de la explotación de derechos inherentes a la persona – nadie se opone a su ganancialidad -, sino en los supuestos en que los beneficios económicos latentes o potenciales de tales bienes se capitalizan creando bienes de contenido fundamentalmente patrimonial, pero con una conexión importante con el bien inherente a la persona – privativo -. En este sentido, los mayores conflictos aparecerán lógicamente no en la fase de gestión del bien privativo inherente a la persona, o del capital que ha generado, sino a la hora de liquidar la sociedad de gananciales⁷⁰⁷.

Por otra parte, la ganancialidad presenta importantes consecuencias no sólo en relación a las cuestiones relativas a la titularidad, sino también respecto a la disposición o gestión conjunta de los bienes gananciales. El principio de dicha disposición no opera de forma absoluta, ya que sería poco funcional. Las limitaciones al mismo permiten alcanzar un amplio campo de libertad de iniciativa patrimonial por parte de los cónyuges; que puede ponerse en relación, a nuestro entender, con la exigencia

⁷⁰⁵ “No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuere debida a la inversión de bienes comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”.

⁷⁰⁶ Art. 1346, núm. 5º CC, y en menor medida, igualmente, el núm. 6º de dicho art.

⁷⁰⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: op. cit., pág. 1055.

constitucional de libre desarrollo de la personalidad⁷⁰⁸, y con el concepto actual de matrimonio, que para el Derecho civil es un negocio jurídico propio del Derecho de familia, en el que la personalidad individual no desaparece absorbida por el consorcio conyugal. Precisamente, como ya se ha indicado, las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, han operado en nuestro ordenamiento jurídico una de las reformas más profundas y trascendentes del derecho de familia.

Ambas leyes presentan un denominador común localizado en la “personalización” del matrimonio. En efecto, ambas normas otorgan una inédita relevancia al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE.

Se ha llegado a considerar que el principio de disposición o gestión conjunta “es en realidad una excepción al principio de autonomía gestora” y de libre iniciativa personal⁷⁰⁹.

Y la verdad es que no parece aventurado suponer⁷¹⁰ que el régimen de disposición o gestión conjunta es una regla que se encuentra más en el texto normativo que en el ejercicio diario de la economía familiar.

A.- LOS BIENES INHERENTES A LA PERSONA Y LOS INEMBARGABLES

Se trata de comentar la posibilidad de que determinados bienes inherentes a la persona se mantengan *a priori* dentro de su esfera de control absoluto, privativo; sin resultar afectados por el principio de disposición ni de gestión simultáneo de ambos cónyuges, de acuerdo con el CC⁷¹¹, y sin que pueda verse en peligro su titularidad ante la disolución del consorcio. En concreto, resulta decisiva la reserva de un ámbito decisorio únicamente a favor del cónyuge respecto de determinados derechos inherentes a su persona. Todo ello, sin embargo, ha de ser compatible con los principios

⁷⁰⁸ Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷⁰⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1989, pág. 210.

⁷¹⁰ CADARSO PALAU, J.: *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 119.

⁷¹¹ Art. 1375 y ss. CC, sobre la administración de la sociedad de gananciales.

básicos del régimen: el carácter común de las ganancias comunes, es decir, de los frutos del trabajo o actividad de ambos cónyuges; o de sus bienes privativos, conforme al CC⁷¹².

La doctrina ha buscado la definición de la expresión “inherentes a la persona” en conexión con el art. 1111 CC, que, al regular la acción subrogatoria de los acreedores, exceptúa los derechos y acciones “que sean inherentes a su persona”. Esta es la idea apuntada por LACRUZ, puesto que la intención del legislador es mantener la decisión sobre el ejercicio de determinados derechos en manos de una determinada persona, a pesar de que sobre las repercusiones puramente patrimoniales de tales decisiones exista el interés legítimo de otra persona⁷¹³.

Además, ya antes de la reforma del régimen económico matrimonial en 1981, que ha sido comentado, se consideraba que los derechos inherentes a la persona no eran fungibles en su ejercicio, y por tanto privativos dentro de la sociedad de gananciales. Y al no existir precepto expreso, se fundamentaba esta idea en el mencionado art. 1111 CC⁷¹⁴, y no es por tanto de extrañar que se considerase su conexión al mismo. La identidad de los supuestos no será absoluta. Pero sin duda es un gran punto de partida⁷¹⁵.

Por otra parte, y como punto de referencia añadido, es probablemente útil considerar también el carácter ejecutable y embargable o no de los bienes y derechos de referencia, o de las facultades derivadas de determinados derechos. Si al legislador le parece bien que un individuo sea privado de tales bienes – al igual que de las facultades decisorias, conforme al art. 1111 CC o, en su caso, conforme al art. 1346.5º CC – contra su voluntad, sin que se excepcionen los legítimos intereses patrimoniales de terceros, es porque considera que la inherencia a la persona no es tan absoluta.

⁷¹² Art. 1347.1º CC.

⁷¹³ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa >>, en Revista Temis, núm. 25, 1969, pág. 73.

⁷¹⁴ GARCÍA CANTERO, G. en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de familia. Relaciones conyugales*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1997, pág. 410, sobre el art. 1346.5º CC: “Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona. Aunque el derogado art. 1396 guardaba silencio sobre ellos, la doctrina los consideraba privativos, como consecuencia del artículo 1111 del Código Civil, pues, así como no son susceptibles de ejercicio por los acreedores, ni generalmente de transmisión *inter vivos* tampoco pueden serlo de comunicación entre los cónyuges”.

⁷¹⁵ RAMS ALBESA, J.: << Bienes privativos personalísimos – análisis del art. 1346.5º y 6º CC ->>, en Revista RDR, núm. 14, 1987, pág. 62.

Y por lo anterior, difícilmente podrá estimarse que el otro cónyuge debe recibir peor trato a efectos patrimoniales. Se trata de un socio en lo patrimonial. Además, probablemente, el ámbito de exclusión de la alegación de inherencia es más reducido dentro del régimen ganancial, que frente a los acreedores. Porque contra éstos existe también una tutela del “mínimo vital”; de la percepción de unas rentas mínimas a favor de la dignidad de la persona. Ello favorece declarar inembargable una porción del salario cada vez más importante según se reduce la cuantía de éste⁷¹⁶.

Y, sin embargo, el tipo expuesto de razonamientos no puede regir dentro de la sociedad de gananciales, ya que los cónyuges comparten íntegramente sus ingresos salariales⁷¹⁷ y ello no atenta contra su dignidad. Más bien al contrario, existe una misma ratio entre la inherencia que se deriva del carácter intransmisible⁷¹⁸ y las declaraciones absolutas inembargables de “los bienes que hayan sido declarados inalienables”⁷¹⁹.

Así, ATAZ LÓPEZ, conecta, precisamente, esas características: extra patrimonialidad. Intransmisibilidad, inembargabilidad a la hora de buscar la “inherencia personal”. Y, asimismo, una cierta conexión entre el carácter aparentemente contradictorio de la patrimonialidad de bienes “inherentes a la persona”, y la inembargabilidad de “aquellos bienes que no tengan, por sí solos, contenido patrimonial”⁷²⁰.

En ambos casos, obviamente, se trata de bienes “potencialmente” negociables. Ello, “por sí sólo” encaja con la decisión personalísima de explotar determinados derechos inherentes a la persona, que hace que aparezca el potencial de contenido patrimonial. Por tanto, como criterio orientador, será posible valorar la caracterización

⁷¹⁶ Art. 607 LEC, sobre embargo de sueldos y pensiones.

⁷¹⁷ Art. 1347.1º CC.

⁷¹⁸ Art. 1346.5º CC.

⁷¹⁹ Art. 605.1º LEC.

⁷²⁰ Art. 605.3º LEC. ATAZ LÓPEZ, J.: *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil*, Madrid, 1988, pág. 87, “de hecho, conecta, precisamente, esas características: extra patrimonialidad. Intransmisibilidad, inembargabilidad a la hora de buscar la “inherencia personal”: “aquellos derechos que no estén fundados sobre un interés moral, o que no sean intransmisibles, difícilmente pueden considerarse inherentes a la persona del deudor”.....”acaso pudiera decirse que inherentes a la persona son los derechos extra patrimoniales, intransmisibles o inembargables, y, en general, los derechos patrimoniales concedidos por el reconocimiento de ciertas cualidades propias del titular, o para la defensa de un interés extra patrimonial”.

por el ordenamiento de los derechos como inembargables o como excluidos de la acción subrogatoria de los acreedores.

Es claro que es reflejo de una noción de inherencia personal, relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, que establece el art. 10.1 de nuestra Carta Magna; y con la idea de determinados intereses necesariamente vinculados a la persona.

Esa misma idea, por origen histórico y por su finalidad, refleja el número 5 del art. 1346 CC: el mantenimiento de un ámbito de libre desarrollo de la individualidad y de vinculación a la persona, incluso dentro del matrimonio, y a pesar de que se pacte compartir todo bien patrimonial que se adquiriera durante la vigencia del régimen a título oneroso o mediante la actividad de cualquiera de los cónyuges.

Así, por ejemplo, no puede ignorarse la inembargabilidad de los derechos exclusivos de autor, cuando no ha habido una decisión del autor de someter a riesgo de embargo tales bienes; o de los derechos de la personalidad en sí mismos – derecho de imagen, derecho a la intimidad etc. ⁻⁷²¹; o de las capacidades profesionales; o de la integridad física, etc.

B.- EL PATRIMONIO Y LA INHERENCIA A LA PERSONA

En lo que respecta a los derechos extra patrimoniales, hay que entender que representan ámbitos de poder de la persona que son reconocidos o atribuidos por el ordenamiento jurídico en atención a razones distintas a las puramente económicas. La importancia de los derechos subjetivos incluíbles dentro de la categoría de derechos patrimoniales es indudable. Sin embargo, en el fondo y en los supuestos límite, la trascendencia de los derechos extra patrimoniales prevalece sobre la propia materialidad subyacente en los patrimoniales en la mayor parte de los casos⁷²²

Es frecuente la afirmación doctrinal, entre la que se encuentra CADARSO PALAU, de que los derechos extra patrimoniales, por definición, quedan al margen de cualquier

⁷²¹ Art. 1.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Última actualización publicada el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996.

⁷²² <https://espana.leyderecho.org/derechos-extrapatrimoniales/>. (Consultado 30/08/2019).

patrimonio, y por consiguiente, no son ni privativos ni gananciales, y no se incluyen en la norma del art. 1346.5º CC⁷²³.

Sin embargo, manifiesta BERCOVITZ ÁLVAREZ: “la clave del precepto radica en compatibilizar las aparentemente opuestas notas de patrimonialidad y la inalienabilidad – intransmisibilidad *inter vivos* – derivada de una inherencia personal. Si se interpretan de forma extrema ambas notas, la norma quedará vacía de contenido.

Es necesario percibir que la norma se refiere, precisamente, a una categoría intermedia de bienes, que no pueden desprenderse en cuanto tales del individuo al que pertenecen; pero que tienen una potencialidad económica a través de manifestaciones concretas que respetan el carácter extra comercio del derecho madre – por ejemplo, la decisión de explotación de bienes de la personalidad o derechos de autor -. Lo importante es su *potencialidad para repercutir positivamente en el patrimonio*; no el que se trate de bienes transmisibles y negociables”⁷²⁴.

En cuanto a la inherencia a la persona – “bienes y derechos inherentes a la persona” -, se ha comentado el significado de la misma, al estimar adecuada la aproximación a dicho sentido relacionando el art. 1346.5º CC con el art. 1111 CC y con las normas sobre inembargabilidad de bienes en razón de su necesaria vinculación a un individuo. Y, sobre todo, en función de la necesidad de mantener la capacidad y facultad decisoria sobre determinados derechos en manos del individuo⁷²⁵.

Asimismo, la inherencia a la persona implica una *especial relación o conexión entre los intereses personales o morales y el objeto del derecho*⁷²⁶. La inherencia, aun hallando ciertamente su base y fundamento en los intereses irrenunciables de la persona, resulta una característica de la relación individuo-bien jurídico, de la

⁷²³ CADARSO PALAU, J.: op. cit., pág. 71; GARCÍA CANTERO, G.: << en CASTÁN TOBEÑAS, J.>>, op. cit., pág. 410, resalta que era innecesario mencionar los bienes no patrimoniales inherentes a la persona, los cuales ningún papel pueden desempeñar en una comunidad de bienes.

⁷²⁴ BERCOVITZ, ÁLVAREZ, G.: op. cit., pág. 1065.

⁷²⁵ RAMS ALBESA, J.: << Bienes privativos personalísimos – análisis del art. 1346.5º y 6º CC >>, en Revista RDR núm. 14, 1987, pág. 62.

⁷²⁶ Hay quien ha tratado de resaltar el centro de la inherencia en la propia persona, rechazando que sea una característica del objeto de derecho, como ESPÍN CÁNOVAS, D.: << Incidencia de la propiedad intelectual en la sociedad de gananciales >>, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, Zaragoza, 1993, pág. 1281.

vinculación misma entre titular del derecho y objeto del derecho. Vinculada más, eso sí, a la finalidad atribuida por esa inherencia que al propio carácter personal del objeto en sí mismo considerado. Por ello, el hecho de que la adquisición encuentre su origen en derechos personales no es decisivo para determinar que sea privativo, porque lo decisivo sería el carácter personal del destino del bien⁷²⁷.

El carácter exclusivo del derecho subjetivo, manifiesta BERCOVITZ ÁLVAREZ, “no puede considerarse como síntoma de inherencia en sí mismo: la propiedad es un derecho exclusivo y ello no impide que haya derechos de propiedad gananciales. Tampoco es decisivo que la razón de concesión u obtención del derecho hayan sido características personales; también se contrata la actividad de alguien por sus condiciones personales, y el sueldo es privativo. Lo decisivo es la especial naturaleza de la relación o vinculación entre individuo y derecho subjetivo o facultad del mismo.

Así, la extra patrimonialidad, continúa el autor, entendida como inaptitud para ser objeto de contratación o disposición, de acuerdo con el CC⁷²⁸, deriva de esa característica de la vinculación individuo-bien jurídico. La extra comercialidad es frecuentemente una consecuencia de esa inherencia o vinculación. Pero hay que tener presente que siempre no será así, ya que puede ser impuesta por otros motivos. Por lo tanto, parece lógico entenderla como un indicio de esa inherencia. La inherencia, en definitiva, se manifiesta a través de las consecuencias o reflejos que anuda el ordenamiento a esa característica de la relación individuo derecho⁷²⁹.

VI.- ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA

La organización económica familiar parte de la que se impongan y acepten los cónyuges, es decir el matrimonio, que es una asociación de personas, sobre las que se podría imaginar un ordenamiento que no contuviese reglas especiales para las

⁷²⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: op. cit., pág. 1066.

⁷²⁸ Art. 1271.p.1 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Aun las futuras”.

⁷²⁹ a.-) a través de su carácter extra comercio; b.-) a través de su inembargabilidad y no ejecutable; c.-) a través de la no fungibilidad del ejercicio por su titular. Todas y cada una de estas características son indicios. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: op. cit., pág. 1066.

relaciones económicas entre los cónyuges como tales, abandonadas entonces a la regulación general de las obligaciones y los derechos sobre las cosas. El matrimonio desde el momento que supone el *consortium omnis vitae* de dos personas para realizar un fin común específico, claramente extra patrimonial, pero de gran proyección material y pecuniaria, exige a su vez una regulación específica de los medios económicos que sirven a tal fin. Esta regulación versa, al menos, sobre lo que es inevitable en un matrimonio: el soporte económico del hogar⁷³⁰.

Es preciso determinar, por consiguiente, como ha de acudir a los gastos que emanan del hogar, y quien debe soportarlos – problema de la contribución a las cargas del matrimonio –, determinación que constituye el elemento mínimo necesario de las relaciones conyugales la raíz del régimen matrimonial. Tal contribución, sea de actividad o de medios pecuniarios, pesa en principios sobre ambos cónyuges⁷³¹.

El problema de la contribución a las cargas conyugales, como manifiesta LACRUZ BERDEJO: “no es el único que plantea el matrimonio. La familia no es, ordinariamente, una simple cooperativa de consumo de cosas y servicios ajenos; de una parte, juegan en ella importante papel los servicios, realmente invaluable en su conjunto, que cada cónyuge aporta, en la medida de sus fuerzas, a la vida del hogar y la familia; de otra, frecuentemente las actividades adquisitivas de un cónyuge – más generalmente el marido – se ven fomentadas y reforzadas por la ayuda del otro – más generalmente la mujer –.

Así, continua el autor, en los bienes adquiridos constante el matrimonio por uno de los cónyuges parece que el otro, ya por razón de los servicios prestados al hogar mientras su consorte desarrolla la actividad adquisitiva fuera de él, ya por la colaboración directa y más o menos homogénea con su cónyuge, debe haber alguna participación. Determinar cuál sea ésta y en qué forma ha de tenerse y percibirse es, en su caso, otro de los temas del Derecho matrimonial patrimonial”⁷³².

⁷³⁰ La vida en común de marido y mujer supone una serie de gastos: atenciones personales suyas y de los hijos

⁷³¹ A través de la historia ha tenido mayor relieve la aportación pecuniaria de la mujer, acaso porque el marido siempre ha incumbido de hecho, mediante su actividad.

⁷³² LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pág. 236.

Un régimen matrimonial, así, es un conjunto coherente de soluciones a todos esos problemas, es decir, la respuesta del Derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios originados por el matrimonio y que es preciso regular.

Por lo anterior, comentamos, brevemente, los regímenes económicos matrimoniales que existen, teniendo presente las peculiaridades de cada uno de ellos, así como la disolución y liquidación de los mismos.

A.- REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El régimen económico matrimonial en España, como dice JARILLO GÓMEZ⁷³³: “es la organización económica de la sociedad conyugal y está compuesta por un conjunto de normas que regulan los efectos del matrimonio, ya sea la relación de los cónyuges entre sí como con terceras personas”.

En uso del régimen económico matrimonial convencional, los cónyuges, antes durante y después del matrimonio, tienen la opción de otorgar capitulaciones matrimoniales y elegir el régimen económico que consideren conveniente, dentro de los que existen y que después veremos. En su defecto, dependiendo de su vecindad civil, la ley les asigna el régimen supletorio que les corresponda, que para el caso del Derecho común será el de sociedad de gananciales.

1.- De los diferentes regímenes económicos matrimoniales

Con respecto a sus efectos, los regímenes económicos matrimoniales se clasifican:

a.-) Régimen de unidad: aparece delimitado en las organizaciones matrimoniales históricas y es la adquisición por parte del marido de todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio.

b.-) Régimen de comunidad: supone la formación de una masa común de bienes propia de ambos cónyuges como símbolo de la unión de vidas que el matrimonio va a representar, del que forman parte:

⁷³³ JARILLO GÓMEZ, J. L.: *Los regímenes económicos matrimoniales en España*, 1ª edición, Madrid, Técnica Bellisco, 2011, pág. 35.

b1.-) Régimen de comunidad universal: en el que se hacen comunes todos los bienes de los cónyuges presentes y futuros.

b2.-) Régimen de comunidad limitada, en el que se encuentran: 1.-) el consorcio conyugal en el que se hacen comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio y además también los bienes muebles de cada uno de los cónyuges y cuyo origen se desconoce; 2.-) la sociedad de gananciales, donde se hacen comunes frutos, rentas e intereses de los bienes privativos y de los bienes gananciales, así como los expedidos por trabajo o industria de cada uno de los cónyuges. Su regulación aparece en el CC⁷³⁴.

c.-) Régimen de separación: se caracteriza por la ausencia de masa común de bienes, en el cual cada cónyuge va a conservar la propiedad de todos sus bienes, tanto los que aporta al matrimonio como los que durante el mismo va a adquirir por cualquier título, cuya regulación la contempla el CC.

d.-) Régimen de participación en las ganancias: se trata de un tipo intermedio entre separación y gananciales; e inicialmente parte siendo un Régimen de separación acompañado de un derecho de crédito sobre parte de las ganancias obtenidas por el otro cónyuge durante el tiempo que estuvo vigente. Su efectividad se produce al tiempo de la extinción del Régimen de participación. Su regulación la establece el CC⁷³⁵.

Finalmente, recordamos el Fuero de Baylio: es una costumbre que rige en determinados pueblos de Extremadura y en la ciudad autónoma de Ceuta, y que afecta al régimen económico matrimonial, en virtud de la cual se comunican – se hacen comunes – todos los bienes aportados por los contrayentes y en la posterior participación por la mitad al liquidarse la sociedad conyugal, como consecuencia de la separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges.

Por lo que, considerado como régimen supletorio, que permite a los cónyuges otorgarse aquél que consideren conveniente, se trata de una comunidad universal. Por su parte, los Tribunales suelen aclarar, llegado el caso, sobre la vigencia y cese de los

⁷³⁴ Régimen de la sociedad de gananciales, en arts. 1344 a 1410 CC y Régimen de separación de bienes, en arts. 1435 a 1444 CC.

⁷³⁵ Régimen de participación en las ganancias, en arts. 1411 a 1434 CC.

regímenes económicos matrimoniales, como manifiesta la STS 493/2017, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3270/2017, de 13 de septiembre de 2017⁷³⁶.

Asimismo, es de interés tener presente lo regulado por el CC,⁷³⁷ en su Capítulo I del Título III del Libro IV, dedicado a Disposiciones generales relacionadas con el régimen económico matrimonial. Resulta que, como su denominación indica, al tratarse de disposiciones generales son válidas para cualquier régimen, y no sólo para uno determinado, como a veces, hay quien así lo considera.

Tras las citadas disposiciones generales, el CC, en sus siguientes Capítulos IV, V y VI los dedica a la exposición concreta de los regímenes de sociedad de gananciales, participación en las ganancias y separación de bienes respectivamente, a los que les dedicamos a continuación breves comentarios para, finalmente, referirnos a la disolución y liquidación de los mismos:

Respecto al régimen de la sociedad de gananciales, nos parece de interés el siguiente comentario: la sociedad de gananciales dará comienzo en el instante de la celebración del matrimonio o, después, al tiempo de pactarse en capitulaciones matrimoniales; se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que corresponden privativamente a uno de los cónyuges; los bienes gananciales responderán siempre de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el acuerdo expreso del otro; cada uno de los cónyuges podrá disponer a través de testamento de la mitad de los bienes gananciales⁷³⁸. Los Tribunales suelen aclarar el carácter ganancial de ciertos bienes⁷³⁹.

En relación al régimen de participación en las ganancias: a cada cónyuge le pertenece la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que

⁷³⁶ En su F. J. 5º.1, manifiesta: Conforme al art. 1393.3º CC, *“la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges”* y conforme al art. 95 CC, *“la sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial”*, en la redacción literal de ambos, vigente hasta la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁷³⁷ Arts. 1315 a 1324 CC.

⁷³⁸ Arts. 1345, 1361, 1367 y 1379 CC.

⁷³⁹ STS 386/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2252/2019, de 3 de julio de 2019, en su F. J. 2º p.2, manifiesta: *“Como recuerda la sentencia 596/2016, de 5 de octubre, esta Sala ha mantenido en las sentencias 216/2008, de 18 de marzo, y 429/2008, de 28 de mayo, que la indemnización cobrada en virtud del despido en la empresa donde trabajaba un esposo debe ser considerada ganancial”*.

tiene en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir durante el mismo, por cualquier título; se considerará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge, por los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado; el patrimonio final de cada cónyuge estará constituido por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones aún no satisfechas⁷⁴⁰.

Respecto al régimen de separación de bienes: en este régimen pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título, y también corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de dichos bienes; cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece un determinado bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad; en el supuesto de que un cónyuge llegase a ser declarado en concurso de acreedores, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal⁷⁴¹.

2.- La disolución y liquidación de los regímenes económicos matrimoniales

Es evidente que un régimen finaliza cuando un matrimonio llega a su fin, o porque sus cónyuges decidan convivir bajo otro régimen, otorgando las correspondientes capitulaciones matrimoniales.

Un matrimonio llega a su fin: por ser declarado nulo, por separación legal, divorcio, o por fallecimiento de uno de los cónyuges. En este último caso resulta que, tras el suceso de la disolución del régimen, se requiere cierta urgencia para concluir la segunda fase que es la de la liquidación, pues se precisa conocer su montante que, posiblemente, formará parte de una herencia.

El CC regula la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales,⁷⁴² de donde se deduce: disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad. Finalizado el inventario se abonarán en primer lugar las deudas de ésta, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso,

⁷⁴⁰ Arts. 1412, 1418 y 1422 CC.

⁷⁴¹ Arts. 1437, 1441 y 1442 CC.

⁷⁴² En los arts. 1392 al 1410 CC.

tendrán preferencia. Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos.

Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias. Realizadas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

A veces, suelen existir desacuerdos entre los cónyuges a la hora de aceptar el inventario, por la posible disputa entre bienes privativos y gananciales. Para estos casos, suelen utilizarse los correspondientes procedimientos judiciales, como el que establece la LEC,⁷⁴³ del que se deduce: la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente proceso y a las norma civiles que resulten aplicables.

Se comenzará solicitando la formación de inventario de los bienes y derechos, que se llevará a cabo bajo la dirección del letrado judicial. Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste.

De no conseguirse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico matrimonial, se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el art. 784 LEC, continuando la tramitación de acuerdo con el art. 785 y ss. LEC.

Con respecto a la liquidación del régimen de participación en las ganancias, todo parece ser menos complicado al no existir una masa en común, con lo que bastaría la correcta determinación de los patrimonios inicial y final de cada cónyuge, para hallar sus posibles ganancias y repartirse por mitad la diferencia entre ambas, conforme al CC⁷⁴⁴.

⁷⁴³ Arts. 806 a 810 LEC.

⁷⁴⁴ Arts. 1417, 1418 y 1422 CC.

Sin embargo, es posible que, uno o los dos cónyuges, no estén de acuerdo con la forma utilizada para determinar el patrimonio del otro, por lo que se verían en la necesidad de utilizar el procedimiento judicial que ofrece la LEC⁷⁴⁵.

En relación al régimen de separación de bienes, al no haber masa común, ni que exista ninguna relación entre los patrimonios de ambos cónyuges, la liquidación del régimen, tras su extinción, todo parece indicar que ofrecería menos dificultad que en los casos antes citados, pues bastaría con dar cumplimiento a lo indicado por el CC⁷⁴⁶. No obstante, a falta de conformidad entre los cónyuges, siempre tendrían a su alcance la vía judicial.

B.- LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

Para cualquier régimen económico matrimonial, los bienes y derechos de los cónyuges se ven afectados por las cargas de su matrimonio, tal y como establece el primer párrafo del art. 1318 CC: *“Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio”*.

Por su parte, los Tribunales suelen aclarar que debe entenderse por “cargas del matrimonio” a través de sus diversas resoluciones judiciales, entre ellas, las SSTS 516/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3642/2016, de 21 de julio de 2016,⁷⁴⁷; 246/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1479/2018, de 24 de abril de 2018⁷⁴⁸.

A pesar de lo establecido por los arts. 1318 y 1438 CC, antes citados, que se refieren a las cargas del matrimonio, lo cierto es, que no aclaran que debe entenderse por “cargas del matrimonio”, ni tampoco existe en el CC, ninguna otra disposición que concrete exactamente en qué consisten las “cargas del matrimonio”.

⁷⁴⁵ Art. 811 LEC.

⁷⁴⁶ Básicamente, en los arts. 1438 y 1440 CC.

⁷⁴⁷ En su F. J. 3º.2 manifiesta: *“Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica que plantea el recurso relativa a si el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y por extensión de otros préstamos de análoga naturaleza, puede englobarse dentro del concepto cargas del matrimonio”*.

⁷⁴⁸ En su F. J. 3º p.2 manifiesta: *“El motivo se estima ya que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de cargas matrimoniales los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió, pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia del matrimonio entre los prestatarios”*.

A dicha falta de normativa, en el sentido expresado, se refieren varios autores, entre ellos, DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS⁷⁴⁹ y PEREDA GÁMEZ⁷⁵⁰. Además, se observa que no se ha conseguido aún una formulación legal clara de que debe entenderse por cargas de la familia matrimonial y, sin embargo, puede comprobarse que continúan existiendo una serie de expresiones en diversos preceptos del CC, que se acumulan en una relación de aparente equivalencia, pero que pueden producir confusión e inseguridad. Las expresiones y preceptos a que nos referimos son los siguientes:

a.-) “cargas del matrimonio”, expresada en los arts.: 90.1.d, 91, 103.3º, 1318 y 1438 CC; b.-) “sostenimiento de la familia”, expresado en el art. 1362.1ª CC; c.-) “sostenimiento, previsión y educación de los hijos”, expresado en el art. 1368 CC y d.-) “cargas de la familia” y “cargas familiares”, expresado en los arts.: 155.2º y 165.p.2º CC, respectivamente.

Ante esta falta de definición legal, unida a que en ocasiones la expresión “cargas del matrimonio” es utilizada con una significación no coincidente, dependiendo del contexto jurídico, ha dado lugar a que la doctrina intente precisar de cuál debe ser ese concepto de “cargas del matrimonio”, separándolas de las particulares de cada cónyuge, y sí dicha expresión es sinónima y equivalente a otras también utilizadas legal y doctrinalmente, como las indicadas anteriormente.

Se ha venido tratando de diferenciar esas expresiones, entendiendo que la referencia a cargas o gastos familiares es mayor que la de “cargas del matrimonio”, puesto que aquellas son las que se basan en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de la existencia de vínculo matrimonial.

Por otro lado, la opinión claramente mayoritaria, considera que todas esas expresiones son sinónimas, ya que con la expresión “gastos familiares”, se refiere a lo que suele expresarse con el más tradicional de “cargas del matrimonio”, resultando que

⁷⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia*, 10ª edición, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 2008, págs. 136 y 137.

⁷⁵⁰ PEREDA GÁMEZ, F. J.: << Las cargas familiares >>, en *El régimen económico de las familias en crisis*, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2007, págs. 189 y 190.

son una misma cosa. De esta opinión, a la que nos adherimos, es partidario GARDEAZABAL DEL RIO⁷⁵¹.

En lo concerniente a que gastos deben integrar las mencionadas cargas, dependerá, en primer lugar, del régimen económico matrimonial de que se trate. Una vez dentro del régimen económico considerado, habrá que ver las partidas de gastos que deben formar parte de las citadas cargas. Así, por ejemplo, de las partidas que menciona el art. 1362 CC, que se refiere al régimen de la sociedad de gananciales, no serían admisibles como “cargas del matrimonio” en el de separación de bienes, los gastos originados por lo indicado en los apartados 2º, 3º, y 4º de dicho art. 1362 CC⁷⁵².

Un concepto aproximado de “cargas del matrimonio” puede obtenerse, mediante una interpretación conjunta de lo dispuesto en el art. 1438 CC, en relación con los arts. 1318, 1362 y 142 CC, de lo que permiten sostener, que cargas del matrimonio son sustento, habitación, vestido y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo, y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

A la cuestión, de que los gastos que integran las “cargas del matrimonio”, dependerá del régimen económico de que se trate, se refieren, entre otros:

ALBALADEJO GARCÍA⁷⁵³, en los siguientes términos: “Al sostenimiento de la familia o a satisfacer los gastos de ésta, o como también se menciona en la terminología jurídica, a levantar las cargas del matrimonio, se atiende de forma diferente, según el régimen económico bajo el que los cónyuges estén unidos en matrimonio”.

⁷⁵¹ GARDEAZABAL DEL RIO, F. y OTROS: *Instituciones de Derecho privado. Familia*, Tomo IV, Vol. 2º, coordinador: V. M. GARRIDO DE PALMA, Madrid, Civitas, 2002, pág. 364, “matiza que este criterio tiene como premisa y fundamento el referirlo única y exclusivamente a la familia que nace del matrimonio y, que, además, esa familia debe encontrarse en situación normal de convivencia, ya que sólo así se puede hablar de familia, hogar y vida en común”.

⁷⁵² Art. 1362.2º: “La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”; 3º: “La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges”; 4º: “La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge” CC.

⁷⁵³ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, 10ª edición, Madrid, Edisofer, 2006, pág. 142.

MORENO VELASCO⁷⁵⁴, manifiesta: “Mientras en el régimen de gananciales las cargas del matrimonio coincidirán casi con totalidad con las partidas previstas en el art. 1362 CC, en el régimen de separación de bienes no podemos admitir que los gastos de los bienes propios de cada cónyuge, o de su negocio, sean cargas del matrimonio, salvo que el uso de dichos bienes se realice por la familia”.

PÉREZ MARTÍN en particular, manifiesta lo siguiente: “En la práctica suele cometerse el error de considerar que las cargas del matrimonio son las que se encuentran en el art. 1362 CC, y es un error porque en este art. se definen las cargas de la sociedad de gananciales que son distintas a las cargas del matrimonio, porque en puridad las cargas del matrimonio deberían ser comunes a todos los matrimonios con independencia al régimen económico por el que hayan optado”⁷⁵⁵.

Lo cierto es, que el concepto de “cargas del matrimonio”, viene siendo objeto de un sinnúmero de especulaciones en cuanto a su contenido y diversidad. Con carácter general aplicables a todos los regímenes económicos matrimoniales, el CC⁷⁵⁶ hace referencia a las “cargas del matrimonio”. Dentro de ese concepto se encuentran todas las obligaciones derivadas del matrimonio, que comprenden las del sostenimiento de ambos cónyuges y de sus hijos comunes, o sólo de uno de ellos, que convivan con los mismos, así como las correspondientes al domicilio o domicilios comunes, todo ello consecuencia de la solidaridad inherente a la institución.

A la confusión de los términos contribuye, sin duda, a que el art. 90 d) CC, referente al contenido del convenio regulador, excluya de las “cargas del matrimonio” a los alimentos al citarlos de forma separada, y a que el art. 91 CC, dedicado a medidas definitivas de separación, divorcio y nulidad exceptúe de las “cargas matrimoniales” a las medidas, en relación con los hijos, y con la vivienda familiar, al mencionarlas de modo separado.

⁷⁵⁴ MORENO VELASCO, V.: << Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código civil >>, en *Diario La Ley*, núm. 7425, junio 2010, La Ley 3441/2010, págs. 1 a 7.

⁷⁵⁵ PÉREZ MARTÍN, A. J.: << Regímenes económicos matrimoniales, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación >>, en *Tratado de Derecho de familia*, Tomo V, Vol. 2, 1ª edición, Valladolid, Grafolex, 2009, pág. 1559.

⁷⁵⁶ Art. 1318 CC.

Por su parte, CARRIÓN OLMOS⁷⁵⁷, en un intento de aclarar lo regulado por el citado art. 90.d) CC, que establece que el convenio regulador a que se refieren los arts. 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables los siguientes extremos; refiriéndose al párrafo d), mantiene: “que esas cargas del matrimonio a que se refiere ésta norma, cabría que se denominasen como mínimas, en cuanto comunes a todo matrimonio, y que no se ofrecerían como consecuencia directa de un régimen económico matrimonial concreto y, que es a esas cargas, precisamente, a las que hay que entender se refiere el legislador en el art. citado”.

C.- EL DEBER DE LOS CÓNYUGES DE CONTRIBUIR A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

Si se analizan los antecedentes, se observa que, tras la mínima variación operada en la Ley de 24 de abril de 1958, aparece la de 2 de mayo de 1975, para introducir un cambio esencial y muy importante que va a dejarse sentir en toda la materia matrimonial. Así, se suprimió el deber de obediencia de la mujer al marido y por fin se proclamó el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, declarándose en consecuencia a la mujer con plena legitimación para llevar a cabo todo tipo de actos y negocios jurídicos. La proyección de esta Ley y el reconocimiento del principio de igualdad en el deber de contribuir dio lugar a que en lo sucesivo ambos cónyuges tienen el deber de contribuir al levantamiento de las “cargas del matrimonio”.

Asimismo, se les permite a los cónyuges desde entonces⁷⁵⁸, que puedan establecer la forma, cuantía, modo de ejecución o la afección de determinados bienes a dicha contribución, mediante el mutuo acuerdo a medida que vayan apareciendo las necesidades familiares, o bien a través de capitulaciones matrimoniales. En la reforma producida en 1981⁷⁵⁹, aparece consagrado el deber de contribución por ambos cónyuges como una regla de carácter básico y general de todo el sistema jurídico económico matrimonial, pasando de ser casi una excepción a convertirse en un principio

⁷⁵⁷ CARRIÓN OLMOS, S.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coordinador: J. M. LLOPIS GINER, Fundación Registral, Madrid, 2006, págs. 267 a 270.

⁷⁵⁸ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

⁷⁵⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

de carácter inderogable. Del art. 1438 CC, sabemos: Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y, que como después veremos, dicho precepto, en la esfera interna, impone a los cónyuges este deber de contribución.

El fundamento del deber de contribución por los cónyuges a las cargas familiares, tal y como manifiesta PASTOR ÁLVAREZ⁷⁶⁰: “precisamente, lo encontramos en la vida en común y necesaria colaboración entre ambos, que surge como consecuencia del matrimonio, como algo consustancial al mismo y a la convivencia familiar, lo que da lugar a una serie de gastos que han de asumir los cónyuges y que, por consiguiente, han de ser soportados conjuntamente con sus recursos económicos de forma imperativa con el fin de atender a las necesidades legítimas que reclama el grupo familiar, constituyendo la finalidad esencial de todo régimen matrimonial y manifestándose en el deber de contribución a las cargas familiares”.

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes, al no existir un patrimonio común especialmente afecto al sostenimiento de la familia, resulta obligado hallar el modo en que ambos cónyuges han de contribuir a las “cargas del matrimonio”. Como aplicación específica al régimen de separación de bienes, de lo establecido en el art. 1318 CC, como norma de disposición general, sanciona el art. 1438 CC, la necesidad de que ambos cónyuges contribuyan al levantamiento de las “cargas del matrimonio”.

Es considerada, dicha obligación, como una concreción del principio de solidaridad familiar, consecuencia de los deberes que ligan a los cónyuges, recogidos en los arts. 67 y 68 CC, que forman parte de la regulación del matrimonio, pudiendo considerarse como una forma de cumplir, el más general deber de ayuda, solidaridad y colaboración entre los cónyuges, y que no se trata de un deber que dimanase del régimen económico.

Es posible afirmar, como manifiesta RAMS ALBESA⁷⁶¹, que el deber de contribución al levantamiento de las cargas es una obligación imperativa para los cónyuges, en el sentido de que no puede quedar desatendida, pero que es ese el único

⁷⁶⁰ PASTOR ÁLVAREZ, M. C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, págs. 83 y 84.

⁷⁶¹ RAMS ALBESA, J. y OTROS: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson. 2009, págs. 241 a 244.

aspecto en el que se presenta inderogable. Que pudiera conectarse con lo establecido por el citado art. 1438 CC.

La regulación legal del deber de contribución a las “cargas del matrimonio”, puede decirse que aparece establecida en los tres siguientes preceptos del CC:

El art. 1318 CC, que se refiere al aspecto de la responsabilidad, declarando la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas, afección de carácter obligatorio, que, aunque no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del titular, es una plasmación concreta del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el art. 1911 CC. Al levantamiento de las “cargas del matrimonio”, están sujetos los bienes de los cónyuges, comunes, o privativos de cada uno, o, en su caso, privativos de uno sólo de ellos. Como dice ALBALADEJO GARCÍA⁷⁶²: “Tales bienes, de una u otra clase, están sujetos al levantamiento de las cargas hasta el final, es decir, mientras que haya cargas y queden bienes”.

El art. 1438 CC, en la esfera interna, impone a los cónyuges este deber de contribución, estableciendo cómo y en qué medida los cónyuges han de contribuir al levantamiento de estas cargas o gastos familiares. Asimismo, dicho precepto, aplicable para el régimen económico de separación de bienes, establece una compensación a favor del cónyuge que trabaja para la casa, que el Juez señalará a falta de acuerdo entre los cónyuges⁷⁶³

El art. 1440 CC, se refiere, por un lado, a las obligaciones contraídas por cada cónyuge, que serán de su exclusiva responsabilidad, y por otro, a que las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los arts. 1319 y 1438 CC.

⁷⁶² ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Compendio de Derecho civil*, 14ª edición, Madrid, Edisofer, 2011, págs. 546 y 547.

⁷⁶³ STS 94/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 501/2018, de 20 de febrero de 2018, en su F. J. 3º p.4, dice: “De este hecho jurisprudencial se deduce que la acción relativa al art. 1438 del C. Civil, puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario pero sí posible”.

CAPÍTULO V

LOS LEGITIMARIOS Y LA AMPLIACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR

INTRODUCCIÓN

Se ha considerado de interés exponer en el presente Capítulo, la discusión doctrinal acerca del trato que el CC le da a la expresión de “legitimario”, en relación con las de “heredero forzoso” e “institución de heredero”; que concluye en el sentido de que el CC usa la expresión “heredero forzoso” de forma razonada y consciente, y que por mucha relevancia que se pretenda atribuir al término legitimario, el CC no conoce más títulos de institución *mortis causa* que el de heredero y el de legatario: no existe una institución “a título de legitimario”, pues el legitimario no es un título sucesorio, sino una cualidad del sucesor. Además, se ha considerado oportuno referirnos a los legitimarios de territorios autonómicos, para recordar su protección sobre una posible preterición intencional como no intencional.

Asimismo, se comenta también, las grandes diferencias que, sobre la libertad de testar, existen en España. Así, mientras en Derecho común el testador sólo dispone del 33% de su patrimonio, en territorios con competencia normativa, como en Galicia y Cataluña, su libre disposición alcanza el 75%, quedando de manifiesto que en Derecho común es donde la libertad de testar es muy inferior a la del resto de España, por lo que nuestras propuestas para ampliarla se centran en este ámbito.

Como de forma reiterada hemos comentado, que para ser legitimario en línea descendiente del causante sólo exige la legislación vigente las condiciones del vínculo sanguíneo y el adoptivo. Pues bien, este Capítulo trata, por un lado, de las condiciones adicionales que podrían considerarse para dificultar la existencia de legitimarios y, por otro, establecer la norma adecuada para ampliar la libertad de testar. Del conjunto de dichas condiciones, se han considerado, como las más idóneas, las que relacionan los ingresos económicos anuales, del legitimario en cuestión, con la porción de legítima que pudiera corresponderle, de tal suerte que, si aquéllos fuesen superiores a ésta, no debería ser legitimario.

Una segunda propuesta para ampliar la libertad de testar que se menciona, se basa en reducir la legítima, pero manteniendo la expectativa de legítima por legitimario que existía a finales del siglo XIX, cuando la norma entró en vigor. Cuestión que se basa en la evolución experimentada por la sociedad, desde aquella época hasta nuestros días. El número medio de hijos de entonces era muy superior al de hoy, por lo que la expectativa de legítima por legitimario resultaba inferior al que corresponde en la actualidad. De ahí que, a nuestro juicio, sea posible reducir la legítima hasta conseguir que la expectativa de legítima por legitimario de ahora sea igual que la de las fechas iniciales de la norma, con lo que se obtendría una ampliación de la libertad de testar.

I.- LOS LEGITIMARIOS EN DERECHO COMÚN Y EN EL AUTONÓMICO

A.- LOS LEGITIMARIOS DEL CÓDIGO CIVIL

Con relación a los legitimarios en Derecho común, pretendemos exponer lo que consideramos de interés acerca de la posición general del legitimario. Así, además de lo ya expuesto al respecto en el Capítulo II, a lo que nos remitimos, añadimos lo siguiente: Como regla general, los legitimarios tienen derecho a ver satisfecha su pretensión con cargo a los bienes del caudal hereditario y no como meros acreedores. Es como se deduce claramente del hecho de que, en caso de preterición, desheredación injusta o falta de cobertura de la legítima, el legitimario tenga derecho a que se reduzcan las instituciones hereditarias para hacerle entrar en la cuota de bienes que satisfaga su derecho, conforme establece el CC⁷⁶⁴, sin que pueda exigir que se le satisfaga en metálico.

Asimismo, tampoco es posible imponer al legitimario, fuera de los casos excepcionales – art. 841 y ss. CC -, el cobro en dinero extra hereditario, sino que tenga el derecho a recibir su legítima en bienes propios de la herencia. Consecuencia de esa configuración de la legítima como derecho directo a los bienes es que la Dirección General de los Registros y del Notariado – DGRN – haya negado la inscripción a cualquier escritura de adjudicación de herencia en que no concurra ningún legitimario, incluso en

⁷⁶⁴ Arts. 814, 820, 851 CC.

el caso en que se diga que éste ya había visto satisfecha su legítima en vida del causante – RDGRN, Sección Tercera, de 14 de febrero de 2019, BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019 y la RDGRN, Sección Tercera, de 25 de febrero de 2008, BOE núm. 65, de 15 de marzo de 2008⁷⁶⁵ -.

En cambio, entre las tesis que configuran la legítima como una *pars hereditatis* y una *pars bonorum*, es difícil concluir cuál es más conforme con el CC. A pesar de los esfuerzos realizados en esta materia, no se ha conseguido alcanzar unanimidad al respecto. Y, asimismo la STS 516/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6027/2012, de 20 de julio de 2012⁷⁶⁶, se refiere a esta cuestión. Se ha llegado a afirmar que la legítima material tiene en el CC carácter de *pars hereditatis*, pero en realidad lo que se pretendía era rechazar la tesis de la legítima como derecho de crédito, como manifiesta la antigua STS 338/1997, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2953/1997, de 26 de abril de 1997⁷⁶⁷.

Existe otra línea jurisprudencial más reciente que niega el carácter de herederos forzosos de los legitimarios – entendiendo que lo importante es la efectiva atribución de bienes a su favor -, pero cuyas declaraciones carecen de relevancia alguna para la solución de los casos enjuiciados. Sin embargo, la ya más reciente STS 704/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 7802/2012, de 5 de noviembre de 2012, sí que se refiere al

⁷⁶⁵ Así, la Resolución de la DGRN, de 14 de febrero de 2019, en su F. J. 2º p.2, dice: “Como afirmó en su Resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma – artículo 1057, párrafo primero, del Código Civil -, de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos”; y la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2008, en su F. J. 3, dice: “Por ello, el defecto señalado por la Registradora ha de ser mantenido, ya que la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia”.

⁷⁶⁶ En su F. J.1 p.3, manifiesta: “Frente a esta posición, la sentencia de Primera Instancia, que es confirmada en Apelación, y con una base bien documentada doctrinalmente, eleva el grado de la cuestión debatida al referirla al ámbito, más complejo y dogmático, de la dialéctica doctrinal existente, entorno a la condición de herederos forzosos de los legitimarios. De esta forma, aunque considera que la cuestión no está del todo definida jurisprudencialmente, ya como *pars hereditatis*, o como *pars bonorum*, se inclina por admitir la condición de herederos de los legitimarios aun cuando no fueren instituidos en el testamento por este título. Para concluir que, en todo caso, ya sea por aceptación de la herencia o del legado el acto de disposición resulta innegable y comporta una previa adquisición de los derechos hereditarios”.

⁷⁶⁷ En su F. J. 3º p.2, manifiesta: “..... Por el contrario esta Sala acepta aquella tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* y así la sentencia de 8 de mayo de 1989 dice que la sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro ordenamiento por tener dicha institución – la legítima – la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en casos excepcionales – arts. 829. 838, 840 y párrafo 1º del art. 1056 CC –”.

“impropiamente” o “mal llamado” heredero forzoso, rechazando por tanto la idea de que el legitimario ha de ser heredero, pero lo hace como mero *obiter dicta*, sin que tal declaración tenga fuerza alguna en relación con el fallo.⁷⁶⁸.

Por su parte, RODRÍGUEZ ROSADO, dice: “A pesar de todo, creo que, si se analiza con detenimiento el CC, es posible descubrir que éste concibe al legitimario como un derecho a ser instituido heredero en la sucesión del causante. Y es que, como ha dicho MIQUEL GONZÁLEZ, hay una serie de arts. que adquieren pleno sentido si se acepta esa concepción, y que de otro modo resultan escasamente fundados. En primer lugar, conviene tener en cuenta que el propio CC, en el art. 806 y en muchos otros, denomina “heredero forzoso” al legitimario. Es más, ese nombre es el que el CC usa en su versión original con mayor profusión para referirse al legitimario, al que inicialmente sólo calificaba con ese último nombre en el art. 824, por más que ahora aparezca también en algunos arts. reformados en los últimos años. Ciertamente, no faltan autores que entienden que esa denominación de “heredero forzoso” no es técnica, o que supone un homenaje a una regulación histórica ya superada”⁷⁶⁹.

No obstante, la realidad, como ha comentado MIQUEL GONZÁLEZ, es que el CC parece conocer perfectamente qué es un heredero, pues define el concepto en el art. 660, y no es defendible un modo interpretativo que se basa en presumir de antemano la falta de técnica jurídica del texto legal⁷⁷⁰. Siendo así que el CC ha denominado al legitimario “heredero forzoso”, lo ideal es partir de una interpretación del texto conforme a sus palabras⁷⁷¹. La propia literalidad del CC, por consiguiente, juega a favor de la consideración del legitimario como heredero⁷⁷².

⁷⁶⁸ En su F. J. 2º p.5, manifiesta: “.....Y una segunda conclusión: no es preciso, en absoluto, que tal heredero sea, además legitimario del causante; el legitimario, al que el Código civil llama impropiamente heredero forzoso cuando ni es preciso que sea heredero ni es forzoso, sólo tendría acción para defender su legítima, sea o no heredero, sea o no por una actuación inter vivos de su causante de quien es legitimario.....”.

⁷⁶⁹ RODRÍGUEZ ROSADO, B.: op. cit., pág. 121.

⁷⁷⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J, M.: << Los desprecios al Código civil >>, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-1, pág. 237.

⁷⁷¹ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS; M: << La naturaleza>>, op. cit., pág. 864, para el cual no sería de buena técnica interpretativa estimar que nuestros ilustres codificadores no conocían el alcance doctrinal tradicional de las palabras y que empleaban sin propiedad las palabras “heredero forzoso”, “parte de la herencia”.

⁷⁷² ORTEGA PARDO, G.: op. cit., págs. 129 y ss.

No obstante, no fijándose solamente en el nombre, resulta que el art. 814 CC, relativo a la preterición, encuentra difícil explicación si el legitimario carece de la condición de heredero. En este precepto, y dejando al margen la preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, se prevé como efecto normal y primero de esa omisión del deber de mencionar a los legitimarios, la reducción o anulación de la institución de heredero. Lo cual ocasiona un grave problema para aquéllos que no conciben al legitimario como heredero, ya que no encuentran sentido a que el efecto de la preterición recaiga en primer lugar sobre los herederos⁷⁷³.

Cuestión que se resuelve, en cambio, si se concibe que el legitimario tiene efectivamente tal carácter: la consecuencia de su preterición, en ese supuesto, lógicamente, será la disminución o desaparición de la institución de heredero, precisamente porque el legitimario lo es, y hay que otorgarle dicha posición reduciendo o expulsando a los herederos testamentarios que habían ocupado su lugar⁷⁷⁴.

Asimismo, el art. 820 CC aparece un tanto sorprendente para aquellos que no reconocen al legitimario el carácter de heredero forzoso. El precepto, estableciendo las reducciones de las atribuciones patrimoniales del causante que han defraudado la legítima, menciona las reducciones de legados y donaciones; y no se refiere, en cambio, a la reducción de la institución de heredero, pese a que parecería la que primero debe reducirse. Los autores, en consecuencia, se encuentran obligados a sustituir al citado art. explicando que, pese al silencio del CC, la reducción habrá de comenzar por la institución de heredero⁷⁷⁵.

Cabe hacerse la pregunta: ¿por qué el CC no se refiere a la reducción de la institución de heredero? Y todo parece indicar que si se parte de la condición de heredero del legitimario: el CC no prevé expresamente la reducción de la institución de heredero porque presupone que la legítima se atribuye normalmente por ese título, y no concibe, por tanto, que sea necesario reducir a los instituidos en ese concepto. Así

⁷⁷³ Así lo destaca LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: << Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes >>, en *RCDI*, -585 - 1988-2, págs. 358, 363 y ss.

⁷⁷⁴ ORTEGA PARDO, G.: << Heredero testamentario y heredero forzoso >>, en *ADC*, 1950-2, págs. 321, 344 y ss.

⁷⁷⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil V*, Madrid, 2008, pág. 391; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Las legítimas >>, op. cit., pág. 1017.

como en la preterición – que recientemente hemos comentado -, se había excluido al legitimario, y por ser este llamado a título de heredero había que hacerlo entrar a costa primeramente de los que ocupaban su posición, en las acciones de reducción el CC parte de que los herederos son los legitimarios, y por ello ni siquiera se plantea reducirles, otro caso sucedería si no partiese de ese hecho⁷⁷⁶.

De la misma forma, el art. 828 CC resulta poco convincente para la doctrina que niega que el llamamiento del legitimario sea a título de heredero. Así, el mencionado art., al prever en qué casos puede el legado imputarse a la mejora, parece partir de que en línea general el legado se ha de imputar en la parte de libre disposición. Y existen los que entonces se ven obligados a rectificar el art., sosteniendo que, pese a su texto legal, los legados han de comenzar imputándose al tercio de legítima estricta, y sólo en su exceso al tercio de libre disposición; pues no encuentran razón alguna para excluir su imputación a la legítima⁷⁷⁷. Sin embargo, el art. aparece correcto, y no necesitado de rectificación alguna, si se acepta que el CC presupone el llamamiento del legitimario a título de heredero: el legado no se imputa a la legítima, fuera del supuesto límite del art. 815 CC, porque el CC parte de que la legítima se deja a título de heredero y no de legatario⁷⁷⁸.

Asimismo, el art. 833 CC, al aceptar que el legitimario pueda renunciar a la herencia y aceptar la mejora, parece deducirse que la legítima se ha dejado a título de heredero. Puesto que el art. 990 CC prohíbe la aceptación parcial de la herencia, la norma debe ser aplicación del 890 CC, que si permite renunciar a la herencia y aceptar el legado – o a la inversa -; y por tanto, porque parte de que la legítima se ha dejado a título de heredero y la mejora a título de legado, declara que el heredero forzoso “podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora”, sin pronunciarse sobre el supuesto contrario, “renunciar al legado y aceptar la mejora”⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDÍA, C.: op. cit., págs. 357 y ss. Así, aunque refiriéndose más bien a la causa de que se reduzca primeramente al heredero que a la causa de la omisión de esa mención en el art. 820 CC.; ESPEIO LERDO DE TEJADA, M.: << La legítima >>, op. cit., pág. 205.

⁷⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos de >>, op. cit., págs. 478 y 513; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La Mejora*, Madrid, 2003, pág. 155.

⁷⁷⁸ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: << La naturaleza>>, op. cit., pág. 875.

⁷⁷⁹ En idéntico sentido, TORRES GARCÍA, T. F. y DOMINGUEZ LUELMO, A.: << La legítima Tratado de Legítimas >>, op. cit., pág. 96.

Además, conviene recordar lo establecido por el art. 851 CC, el cual, en caso de desheredación injusta, reduce en primer lugar el heredero, en línea con el art. 814 CC y con lo que aquí se ha comentado. Aún no se acabarían aquí los arts. del CC que sólo encuentran explicación si se parte de que el legitimario es heredero, como ha resultado en los casos precedentes.

Como bien señaló PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, también el art. 655 CC, en sede de reducción de donaciones, le sucede eso. El hecho de que su párrafo tercero cierre la posibilidad de que los acreedores del difunto se aprovechen de la reducción de donaciones inoficiosas solamente adquiere sentido si el legitimario es heredero: por ser heredero, va a responder frente a los acreedores del difunto, y por ello el precepto citado se apresura a excluir que la reducción termine beneficiando a éstos.

Si los legitimarios no fueran herederos, sino por ejemplo legatarios, no existiría necesidad alguna de esa precisión⁷⁸⁰. Por su parte RODRIGUEZ ROSADO⁷⁸¹ manifiesta: “Con todo y para agotar en cierto modo la argumentación, conviene plantearse todavía las razones de los autores que entienden que el Código ni exige ni presupone que su llamamiento se realice por tal título – título de heredero -, para ver si pueden revertir las conclusiones alcanzadas. Dichos argumentos pueden concentrarse en torno a dos arts. CC, el 815 y el 818, que suelen manejarse por tanto como contrapeso a los muchos que parecen afirmar la cualidad de heredero del legitimario.

El art. 815 CC, continúa el autor, es la piedra angular de todos los argumentos que niegan al legitimario la condición de heredero forzoso⁷⁸². Apoyándose en él, se sostiene que el CC no concede al legitimario la cualidad de heredero, pues el art. se refiere a una atribución realizada al legitimario por cualquier título, considerándola sustancialmente apta para satisfacer la legítima. En consecuencia, el causante podrá satisfacer la legítima no sólo a título de herencia, sino también mediante donación o legado, pues el Código, se dice, no presupone ya su llamamiento por un concreto título. El art. 815 CC habría introducido conscientemente una modificación en el ordenamiento

⁷⁸⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Reflexiones >>, op. cit., págs. 1000 y ss.

⁷⁸¹ RODRIGUEZ ROSADO, B.: op. cit., págs. 124 y 125.

⁷⁸² LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elementos de Derecho ... V >>, op. cit., págs. 454 y ss.; ROCA SASTRE, R. M.: << La naturaleza>>, op. cit., pág. 49.

histórico, que establecía la necesidad de que la institución en la legítima fuera a título de heredero, y habría privado al legitimario de la cualidad de heredero forzoso”.

Con relación al art. 818 CC, resulta que suele ser igualmente invocado para impugnar el carácter de heredero forzoso al legitimario⁷⁸³. Se comenta que estando constituida la legítima por una cuota calculada sobre el activo de la herencia, descontadas las deudas, y agregadas las donaciones, esa cuota no puede nunca conformar un llamamiento a título de heredero, pues éste es a una cuota del activo y del pasivo de la herencia, y sin participación alguna en las donaciones realizadas.

Sin embargo, como ha manifestado PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, parece ser que la argumentación confunde el modo por el que se realiza el llamamiento al legitimario – a título de heredero -, y la base de cálculo sobre la que cuantificar su derecho – que necesariamente tiene que expresarse previa liquidación de las deudas y sumadas las donaciones -⁷⁸⁴. El legitimario es llamado a título de heredero a recibir una porción del patrimonio del causante, activo y pasivo, cuya valoración corresponde al menos con una determinada proporción del activo líquido y las donaciones.

Como manifiesta PEÑA Y BERNALDE DE QUIRÓS, cualquiera que hubiese sido la naturaleza de la legítima, siempre hubiese sido necesario la existencia de un precepto de carácter contable de este tipo para determinar su cuantía. Y aunque se pretenda argumentar que la institución de heredero no se refiere a esa cuota calculada sobre el activo líquido y las donaciones, hay que entender que tampoco se referían a ella las donaciones o la institución a título de legado, y ni aun la de legado de parte alícuota – que se hallaría sobre una cuota del activo líquido sin donaciones -⁷⁸⁵.

Podemos concluir en el siguiente sentido: de todos los arts., a los que antes mencionados y de los que cabe deducir que el legitimario es heredero, y de la respuesta dada a los argumentos que suele impugnar tal afirmación, es posible concluir que el CC usa la expresión “heredero forzoso” de forma razonada y consciente. Todavía más, si se

⁷⁸³ VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: << Comentarios al Código >>, op. cit. pág. 17.

⁷⁸⁴ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: << La naturaleza >>, op. cit., pág. 881. De forma similar, ORTEGA PARDO, G.: << Heredero>>, op. cit., págs. 352 y ss.

⁷⁸⁵ En ese sentido LACRUZ BERDEJO, J. L.: << Elemento de V >>, op. cit., pág. 457; DOMINGUEZ LUELMO, A.: op. cit., pág. 27.

tiene en cuenta que, por mucha supuesta fuerza relevante que se pretenda atribuir al término legitimario, el CC no conoce más títulos de institución *mortis causa* que el de heredero y el de legatario: no existe, por consiguiente, una institución “a título de legitimario”, pues resulta que el legitimario no es un título sucesorio, sino una cualidad del sucesor.

Por lo anterior, no queda sino constatar que el CC le ha llamado a la herencia de su causante a título de heredero. Y así lo acepta y aplica la jurisprudencia cuando el legitimario reclama en tal concepto los derechos que le corresponden⁷⁸⁶. A lo que RODRIGUEZ ROSADO⁷⁸⁷ añade: “Lo cual no quita que, en unos pocos casos excepcionales, el CC permita que la forma de pago de su derecho a la legítima se produzca mediante una atribución de bienes por diferente título, u otorgándole incluso una titularidad crediticia dotada de ciertas medidas de refuerzo. Pero incluso entonces esas formas alternativas de pago de la legítima han de respetar el contenido mínimo de la posición de legitimario – intangibilidad de la legítima material y formal –, indisponible para el causante, pues en otro caso el ordenamiento viene a socorrer al legitimario reintegrándole en su normal posición de heredero forzoso”.

Por otra parte, el art. 807 CC, establece: “*Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.* Como se deduce de lo anteriormente expuesto, “heredero forzoso” es aquél legitimario que recibe su legítima a título de heredero; pero puede suceder que otros legitimarios reciban su legítima por otro título, como el de legado o donación, por lo que utilizaremos en general la expresión de “legitimario”, en lugar de la de “heredero forzoso”⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ STS 640/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6952/2012, de 18 de octubre de 2012, en su F. J. 4º p.3, manifiesta: “*Esta acción necesita el concurso no sólo de los herederos, sino también de los legitimarios, sean o no herederos, para hacer el correcto cómputo de la herencia – artículo 818 del Código civil – y conocer si la atribución de la legítima – en este caso, por medio de una donación – cumple con la fijación que le corresponde, conforme al principio de intangibilidad*”.

⁷⁸⁷ RODRIGUEZ ROSADO, B.: op. cit., pág. 129.

⁷⁸⁸ STS 339/2015, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3154/2015, de 23 de junio de 2015, en su F. J. 3º.2 p.3, manifiesta: “*..... De ahí que la causa de la impugnación no sea otra que la propia preterición del heredero forzoso, esto es, heredero legitimario, y que la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos de cara al derecho que le asiste al heredero preterido como legitimario del causante. En todo caso, el ejercicio de la acción de preterición de heredero forzoso no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios*”.

Como puede observarse, el art. 807 CC en su número primero, - pues nos referiremos sólo a la línea de descendientes respecto del causante – establece que son legitimarios – acabamos de decir que sustituiremos la expresión de “heredero forzoso” por la de legitimario – los hijos y descendientes, sin más, es decir, sin exigirse ningún otro requisito que el del vínculo sanguíneo y, como sabemos, el de adopción. Por tanto, no se tiene en cuenta: la edad, el estado civil, la salud, la existencia o no de dependencia económica con el disponente, y, a nuestro juicio, lo más relevante, si el patrimonio o los ingresos económicos del potencial legitimario son superiores o inferiores a los que posea el futuro causante, en el instante de disponer y en el momento de su fallecimiento.

En definitiva, a nuestro entender, el tratar de reducir legitimarios por imposición de condiciones, además de las exigidas por la norma para serlo, tiene por finalidad evitar aquellas probables situaciones de determinados cónyuges supérstites, que por tener que hacer frente al pago de una legítima a un potencial legitimario, a pesar de que éste goce de una posición económica muy superior a la del causante, se vea obligado a desprenderse de ciertos bienes vitales, como pudiera ser, incluso, la vivienda familiar.

B.- LOS LEGITIMARIOS DEL DERECHO AUTONÓMICO

A lo comentado en el Capítulo III, respecto de los legitimarios en cada uno de los territorios con competencia normativa, a lo que nos remitimos, consideramos de interés añadir, principalmente, la protección del legitimario en los supuestos de preterición, para los que la Jurisprudencia aclara los tipos de ésta⁷⁸⁹.

1.- Los legitimarios en las Islas Baleares

En las Islas baleares, la protección del legitimario en el supuesto de preterición la regula la CDCIB⁷⁹⁰. La preterición podemos distinguirla desde dos perspectivas: la perspectiva material y la formal. Si lo que se lesiona es el contenido económico que

⁷⁸⁹ STS 325/2010, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2654/2010, de 31 de mayo de 2010, en su F. J. 3º p.2, manifiesta: *“En definitiva, al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del testamento, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional”*.

⁷⁹⁰ Art. 46 CDCIB, última actualización, publicada el 05/08/2017, en vigor a partir del 06/08/2017.

comporta su cualidad de legitimario estamos ante la preterición material, que da derecho a solicitar lo que por legítima le corresponde. Si el testador se olvida o no respeta la mención de la cualidad de legitimario estaremos ante la preterición formal.

Asimismo, cabe distinguir la llamada preterición intencional de la no intencional; en la primera no existe ignorancia de la existencia de un legitimario, en la segunda hay desconocimiento o falta de conocimiento de tal existencia, por eso la ausencia de tal nombramiento no es un olvido, sino un desconocimiento, sin mediar ningún tipo de mala intención.

La CDCIB regula la preterición en su art. 46; la intencional en su primer párrafo, que nos informa que la preterición de un legitimario no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda⁷⁹¹. La no intencional en el segundo párrafo, que es de mayor gravedad y afecta a la intangibilidad cualitativa de la legítima. El testador o donante universal no menciona al legitimario, hijo o descendiente, porque desconoce su existencia. La norma entiende que, de haberlo conocido, su voluntad manifestada tal vez sería otra, por lo que determina que el legitimario tiene acción para pedir la nulidad del testamento.

Existen dos supuestos en los que no operan los efectos de la preterición no intencional. En primer lugar, el art. 8 CDCIB, en su párrafo quinto, mantiene la donación universal incluso en los supuestos de preterición errónea; en este caso la norma no otorga, al preterido, acción para pedir la nulidad, sino que tendrá acción para reclamar la legítima. En segundo lugar, el art. 46 CDCIB, en su párrafo tercero, determina que: *“no se consideraran preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiere premuerto al testador”*⁷⁹².

Por otra parte, el art. 41 CDCIB, establece: *“Son legitimarios, en los términos que resultan de los artículos siguientes: 1º Los hijos y descendientes por naturaleza,*

⁷⁹¹ Cuando un testador o el donante universal, no destina a su legitimario ninguna cuantía por su legítima, el legitimario puede pedir lo que por legítima le corresponda, pero no podrá pedir la nulidad del testamento. El causante, conociendo la existencia de su legitimario, ha atacado su legítima material porque no le ha atribuido bienes ni *inter vivos* ni *mortis causa* en concepto de legítima

⁷⁹² FERRER PONS, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DIAZ ALABART, 1ª edición, Tomo XXXI, Madrid, Edersa, 2000, págs. 828 y ss.

matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos”. – sólo nos referimos a la línea descendiente -.

Como puede verse, no existen otros requisitos para ser legitimario, que los del vínculo sanguíneo y los adoptivos, es decir, lo mismo que sucede, como hemos visto, en la regulación del art. 807 CC, por lo que el comentario que entonces se hizo, es aplicable al presente caso.

2.- Los legitimarios en Galicia

En Galicia la protección del legitimario en relación a la posible preterición es como sigue: Tratándose de preterición intencional de un legitimario las disposiciones *mortis causa* quedan incólumes, con lo que los efectos de preterición son mitigados en clara aplicación del principio *favor testamenti*⁷⁹³. Por consiguiente, la ley gallega, en lugar de afirmar que la legítima queda a salvo, obvia esta circunstancia para pronunciarse expresamente a favor del mantenimiento de las disposiciones *mortis causa*. Sin lugar a dudas, pesa sobre este proceder el gran efecto que tradicionalmente se ha venido señalando a la preterición como era la nulidad de la institución de heredero, efecto que ha quedado atenuado en el CC tras la reforma establecida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Ahora bien, una vez acordado este mantenimiento del contenido del testamento, la claridad que hasta entonces había demostrado el legislador gallego en comparación con el estatal desaparece puesto que se limita a recoger, para señalar que se recibirá la legítima, una remisión a los arts. 243 y ss. LDCG, esto es, los legitimarios continúan siendo titulares de su derecho a la legítima tal y como aparece configurado en la Ley, pero no se especifica cómo se hará efectivo ese derecho por lo que la regla gallega se muestra excesivamente inconcreta.

Por tanto, ante esa insuficiencia citada de la norma habrá que concretar cómo se hará efectiva esa legítima. Nos parece una forma de proceder normal que, a pesar de que estemos ante una específica acción de preterición, una vez instada ésta, habrá de

⁷⁹³ Sobre este principio y sus orígenes, VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Panorama del Derecho de sucesiones II. Perspectiva dinámica*, Madrid, Civitas, 1984, pág. 726.

procederse de igual forma que se dispone en los casos de ejercicio de la acción de reclamación de legítima y de la acción de reducción. En primer lugar, el preterido habrá de dirigir su derecho de crédito contra el heredero, conforme al art. 246 LDCG y, en su defecto, instar la reducción de los legados y por último de las donaciones, de acuerdo con el art. 251 LDCG.

Puesto que todas las acciones citadas, lo son de protección y reclamación de la legítima que, tal vez, deberían unificarse en la medida de lo posible, sí bien, la principal dificultad de esa unificación radica en que la legitimación pasiva y los presupuestos de cada situación pueden llegar a ser diferentes⁷⁹⁴. Aunque en todo caso, en estas situaciones, los preteridos serán titulares de un derecho de crédito tal y como corresponde a los legitimarios, según el art. 249 LDCG. Respecto de la preterición no intencional, se establecen unas soluciones muy similares a las existentes en el CC. El legislador gallego contempla, igual que el art. 814.p.2 CC, un régimen específico para la preterición no intencional de los descendientes, distinguiendo según se haya omitido a algún descendiente o a todos ellos.

En el primer caso, podrá instarse la nulidad⁷⁹⁵ de la institución de heredero manteniéndose, sin modificación, el resto de disposiciones testamentarias, así como, en su caso, los pactos sucesorios existentes, siempre y cuando no fuere necesaria su reducción para el pago de la legítima, como establece el art. 259.1 LDCG. La omisión en este apartado de la posibilidad de reducción de las donaciones no es óbice para no aplicar el art. 251 LDCG y mantener que las donaciones se reducirán antes que los pactos sucesorios⁷⁹⁶.

En segundo lugar, que se refiere al supuesto de que todos los descendientes fuesen preteridos sin intención de hacerlo, la consecuencia de ello es más grave puesto que, lo mismo que sucede en el CC, podrá solicitarse la nulidad de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, conforme al art. 259.2 LDCG. Llama la

⁷⁹⁴ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: << La naturaleza >>, op. cit., págs. 849 y ss., señala que el legitimario tiene en realidad dos acciones: una de reclamación de legítima cuando se dirige contra los bienes hereditarios, y otra cuando se dirige contra bienes que habían sido donados por el causante y, por tanto, no forman parte de la herencia – sería entonces una acción de reducción, sólo de donaciones -.

⁷⁹⁵ Según, ESPINOSA DE SOTO, J. L.: op. cit., pág. 812, “a pesar del tenor literal la acción de preterición es una acción de anulabilidad, puesto que tendrá que ser el legitimario preterido quien inste la nulidad”.

⁷⁹⁶ CARBALLO FIDALGO, M.: << La legítima en Galicia >>, op. cit., pág. 2159.

atención cómo en este segundo supuesto, el legislador gallego expresamente enumera los pactos que conservarán su eficacia salvo que sea necesaria su reducción para el pago de la legítima, a diferencia de la mención general a los pactos sucesorios que realiza en el primer apartado del precepto; efectivamente, señala que las apartaciones y los pactos de mejora serán válidos, lo que ocasiona incertidumbre sobre la validez de otros pactos que no menciona.

Por otra parte, el art. 238 LDCG, establece: *“Son legitimarios – nos referimos únicamente a la línea descendiente -: 1º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos”*.

Como puede apreciarse, no existe otras condiciones para ser legitimario, que la del vínculo sanguíneo y la adopción, aunque ésta no la exprese el precepto. Por lo que los comentarios que se realizaron sobre el art. 807 CC respecto a la ausencia de otras posibles condiciones, a ellas nos remitimos, por considerarlas válidas para el presente caso.

3.- Los legitimarios en Cataluña

En Cataluña, la cualidad de legitimario por tener carácter legal – como en otro territorio con competencia legislativa – obliga al causante a respetarla. No la respeta cuando omite al legitimario en el testamento, le impone gravámenes o no le atribuye el contenido económico íntegro de la legítima. La protección del legitimario por preterición hay que analizarla desde dos supuestos distintos: la preterición errónea y la preterición intencional. La preterición errónea⁷⁹⁷ tiene lugar, de acuerdo con el art. 451-16.2 CCC, cuando el *“legitimario preterido es un descendiente del causante que ha nacido o ha devenido legitimario después de haberse otorgado el testamento o un descendiente cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar”*.

La regulación de la preterición errónea, históricamente, ha presupuesto el error del causante. La omisión en el testamento se produce porque el causante ignora la

⁷⁹⁷ STSJ CAT 63/2016, Sección Primera, ROJ:STSJ CAT 6068/2016, de 28 de julio de 2016, en su F. J. 2º p.3, manifiesta: *“En consecuencia, concurre la excepción prevista en el apartado a) del art. 451-16.2 CCC que, ante la preterición errónea de un descendiente, admite la validez y eficacia del testamento cuando el causante ha instituido heredero único, en toda la herencia, al conviviente en pareja estable, y ello sin perjuicio de los derechos legitimarios que le corresponden al actor en la herencia de su padre”*.

existencia de ese legitimario que resulta preterido, y por eso comete un error al testar. De ahí la gravedad de las consecuencias de la preterición errónea: el testamento puede ser declarado ineficaz⁷⁹⁸. Por el contrario, la eficacia de los pactos sucesorios no resulta afectada por causa de preterición⁷⁹⁹.

Podría decirse que no se trata tanto de proteger a la legítima como de proteger a los descendientes de primer grado. En efecto, si el objeto de protección lo fuera la legítima, sería suficiente con reconocer tal derecho – como a continuación veremos, sucede con la preterición intencional –, y en cambio la consecuencia jurídica es la ineficacia del testamento, lo que por lógica determinará la apertura de la sucesión intestada y que el hijo o hijos preteridos se conviertan en herederos⁸⁰⁰.

Por lo tanto, el efecto que produce la preterición errónea no es otro que permitir impugnar el testamento y conseguir una declaración judicial de su ineficacia. La legitimación activa corresponde exclusivamente al legitimario preterido. Además, es posible subsanar la ineficacia del testamento si se admite la validez del testamento tras la muerte del causante o se renuncia a la acción, tal como establece el art. 422-3.3 CCC que resulta aplicable por remisión expresa del art. 422-7.2 CCC a los casos de preterición errónea.

La preterición intencional es cualquier otra preterición, como puede ser, la de los padres y la de los hijos o descendientes cuya existencia era conocida por el testador y que eran legitimarios al tiempo de otorgar el testamento. Constituye, asimismo, preterición intencional⁸⁰¹ el caso en que el testador manifiesta que los legitimarios ya habían percibido en vida su legítima anticipadamente siendo ello incierto, lo que vendría a constituir una desheredación de hecho, resultado no admitido por el ordenamiento jurídico en atención al carácter de derecho legal de la legítima⁸⁰². De ahí su denominación: la intención del causante es la de excluir de la legítima, conscientemente,

⁷⁹⁸ Arts. 422-7, 451-16.2 CCC.

⁷⁹⁹ Art. 431-9.3 CCC.

⁸⁰⁰ Art. 451-16 CCC. La preterición de legitimarios.

⁸⁰¹ Podría decirse también que se trata de una desheredación de hecho, pero como los efectos jurídicos son los mismos que los de la desheredación injusta, vemos que se trata de una mera cuestión de denominación sin mayor trascendencia.

⁸⁰² Art. 451-2.1 CCC. *“El derecho a la legítima nace en el momento de la muerte del causante. Antes de este momento no puede embargarse por deudas de los presuntos legitimarios”*.

a uno o varios legitimarios, tratando de justificar, realmente, que los legitimarios ya habían recibido el total de su legítima.

Puesto que la legítima tiene carácter legal, el causante no puede privar de la legítima a los legitimarios por su libre decisión, y por ello la consecuencia jurídica de la preterición intencional es sencillamente que el legítimo puede reclamar su legítima mediante la acción de reclamación, conforme al art. 451-16.1 CCC. En cambio, la preterición intencional no legitima para impugnar la eficacia del testamento⁸⁰³.

Por otra parte, según el art. 451-3.1 CCC: *“Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales”* – entendiendo también por hijos los adoptados legalmente-.

Como puede comprobarse, para ser legítimo en derecho civil catalán, sólo son precisos los requisitos del vínculo sanguíneo y el de adopción legal, es decir, igual que sucede en Derecho común y en los territorios con competencia normativa, ya citados, por lo que el comentario entonces realizado, es válido para el caso catalán.

4.- Los legitimarios en Aragón

En Aragón los preteridos tienen que ser legitimarios de grado preferente, conforme al art. 503.1 CDFA. Por consiguiente, no cualquier descendiente puede ser preterido, sino aquél o aquellos que reúnan dicha cualidad, de lo que nos informa el art. 488 CDFA. La preterición sólo es posible respecto de los legitimarios que reúnan esta cualidad, que sobrevivan al causante y sean capaces de suceder, por lo que los premuertos o declarados indignos de suceder no cuentan a estos efectos, como tampoco aquellos desheredados, puesto que la desheredación, si es por justa causa, priva de la condición de legítimo⁸⁰⁴.

La preterición no intencional consiste en la omisión involuntaria al ordenar la sucesión: o bien se desconoce la existencia del legítimo de grado preferente, o bien se conoce su existencia, aunque no de la condición de legítimo, conforme al art. 506.

⁸⁰³ STSJ CAT 11/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 1284/2016, de 25 de febrero de 2016, en su F. J. 4º. p.3, manifiesta: *“La preterición del legítimo no dará lugar a la nulidad del testamento; pero al preterido le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda”*.

⁸⁰⁴ SERRANO GARCÍA, J. A.: op. cit., pág. 2005.

CDFA. El rasgo determinante de esta clase de preterición es el desconocimiento del disponente de la existencia del legitimario o de que la persona reviste esta condición cuando otorga el título sucesorio.

Con respecto a las consecuencias de la preterición no intencional, el art. 508.1 CDFA establece que el legitimario, preterido no intencionalmente, tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél. La norma asimila al preterido no intencional a aquel a quien el causante benefició en menos medida, aunque esta consecuencia es de aplicación supletoria, para el supuesto de que no exista una previsión diferente del disponente.

Bajo la vigencia de la Compilación, el legislador presupone que esa hubiera sido la voluntad probable del disponente, por lo que admite que dispusiese otra cosa⁸⁰⁵. Con el único límite sustancial y de derecho imperativo de las legítimas, un causante precavido podría haber realizado previsiones al respecto, anticipándose a esta posible situación⁸⁰⁶. Se deja, por tanto, abierta la posibilidad de que el ordenante de la sucesión sea consciente de prevenir un eventual olvido, aunque no acierten en ese momento a precisar cuál es y en qué consiste, ya que, en otro caso, la preterición sería intencional.

Por lo que se refiere a la preterición intencional, el legitimario preterido intencionadamente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, de acuerdo con el art. 507 CDFA: efecto que, no es, propiamente, de la preterición, sino de la lesión de la legítima.

Debido al carácter colectivo de la legítima, y puesto que no existe ningún derecho individual, al preterido intencionalmente sólo se le permite hacer valer su derecho

⁸⁰⁵ GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los Derechos civiles forales*, Comares, núm. 33 de la Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, Comares, 2004, pág. 65.

⁸⁰⁶ MOREU BALLONGA, J. L.: << El sistema legitimario >>, op. cit., pág. 353, aclara, “que lo que el disponente podría prever serían otras consecuencias diversas de las genéricamente establecidas de la preterición no intencional, como la de que el así preterido tuviera acción de la legítima como *pars bonorum*, por ejemplo, o la de que tuviera una cuota legal igual a la del legitimario favorecido con una cuantía intermedia entre la del más favorecido y la del menos favorecido, etc. Pero no podría excluir en su testamento, mediante fórmulas colectivas de exclusión, la relevancia misma esencial de la preterición no intencional”.

frente a extraños, entendiendo por tales cualquiera que no sea descendiente del causante. Tras conceder al preterido intencionalmente el derecho frente a terceros a reclamar la legítima colectiva, como dice art. 507 CDFA, que termina expresando: “*cuando exista lesión de la misma*”, lo que presupone que en determinados casos puede haber lesión de la legítima, mientras que en otros no.

Una vez que se haya atribuido la mitad del caudal computable, conforme al artículo 489 CDFA, a otro u otros descendientes, el preterido no tendrá nada que reclamar. La omisión consciente y querida produce los mismos efectos que la exclusión expresa⁸⁰⁷. En la exclusión simple de un legitimario, el excluido conserva el derecho de ejercitar frente a terceros la acción en caso de lesión de la legítima colectiva y, además, dice el art. 512 CDFA, los derechos que les correspondan en la sucesión legal.

Por otra parte, el art. 486.1 CDFA, establece: “*La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios*”. O sea, que lo único exigible para ser legitimario es ser descendiente del causante – entendemos que también los adoptivos -. Por tanto, los comentarios que venimos realizando respecto de los territorios con competencia legislativa, ya citados, son aplicables al presente caso. No obstante, llama la atención que, de acuerdo con el apartado segundo de dicho art., el disponente tiene la facultad de excluir de la legítima colectiva, si así lo decide, a todos los descendientes menos a uno, sin que los posibles excluidos tengan que cumplir ninguna condición por la que no puedan percibir ninguna porción de la legítima colectiva.

5.- Los legitimarios en el País Vasco

En el País Vasco, la protección del legitimario por preterición⁸⁰⁸, sea o no intencional, equivale a su apartamiento. Con relación al apartamiento y preterición de legitimarios: el causante podrá disponer de la legítima a favor de sus nietos o

⁸⁰⁷ CERCEA MARQUÍNEZ M.: << De la legítima >>, en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, coordinador: J. DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, Librería General, 1999, pág. 146.

⁸⁰⁸ STSJ PAV 1/2009, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 3995/2009, de 26 de noviembre de 2009, en su F. J. 2º p.3, manifiesta: “*En sus respectivos escritos de alegaciones, las partes son conformes en afirmar que en el testamento de referencia otorgado por el causante se produjo respecto de la hija de éste una preterición intencional, lo que, con esa misma calificación, es reconocido por las sentencias de ambas instancias*”.

descendientes posteriores, aunque vivan los padres o ascendientes de aquéllos; la preterición de todos los legitimarios, hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial; el legitimario apartado expresa o tácitamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione la legítima colectiva⁸⁰⁹.

Sobre quiénes son legitimarios en el País Vasco, tras la reciente reforma llevada a cabo por la LDCV, nos informa su art. 47.p.1, en el sentido siguiente: *“Son legitimarios. Los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos”*. Resulta que son legitimarios los hijos – entendemos que también los adoptivos - o descendientes en cualquier grado, cuya única condición para serlo es el vínculo sanguíneo con el causante, por lo que los reiterados comentarios que venimos realizando, sobre esta cuestión, son los adecuados para el presente caso.

II.- LA DIFERENTE LIBERTAD DE TESTAR EN ESPAÑA

Para exponer la diferente libertad de testar que existe en España, en primer lugar, debemos recordar que debe entenderse por libertad para testar. De forma resumida puede concretarse en el sentido de que es aquella mediante la cual un individuo haciendo uso de su autonomía privada decide el destino de parte de sus bienes *mortis causa* cumpliendo con el principio general de favor *testamenti* con el fin de conservar los actos y negocios jurídicos⁸¹⁰ realizados por el testador.

Y, decimos de parte de sus bienes, porque el resto de ellos, por imperativo legal, tienen el destino de los parientes más próximos del testador. Esta parte de bienes, de la que no puede disponer libremente quien decide testar, regulada en Derecho común y en aquellos territorios con competencia normativa constituye, como sabemos, la

⁸⁰⁹ Art. 51 LDCV.

⁸¹⁰ STS 258/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2484/2014, de 3 de junio de 2014, en su F. J. 2º.5 manifiesta: *“Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho.”*.

legítima. Luego la libertad de testar y la legítima son complementarias, es decir, conociendo una de ellas, deducimos la otra.

a.-) Así, en Derecho común, podemos comprobar la libertad de testar – referida únicamente a la línea descendiente - en el art. 808 CC⁸¹¹, que en su párrafo primero informa: “*Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre*”. Y, en su párrafo cuarto y último dice: “*La tercera parte restante será de libre disposición*”. Que es tanto como decir que la libertad de testar es un tercio del haber hereditario del padre y de la madre. Por tanto, si consideramos dicho haber hereditario como un patrimonio unidad, la parte 0,66 del mismo, o sea la legítima, es la indisponible para el testador, y la parte complementaria de 0,33 representará la libertad que tiene sobre su patrimonio para testar. Ahora bien, puede suceder que no existan personas con derecho a percibir la legítima, es decir, que no existan legitimarios, en cuyo caso la libertad del testador para disponer de su patrimonio sería total.

El debate entre los que eran partidarios de la libertad de testar y los que defendían el sistema de legítimas, como se ha expuesto en el Capítulo II, ya existía desde la época codificadora, en la que un importante sector doctrinal, entre ellos GARCÍA GOYENA⁸¹² y SÁNCHEZ ROMÁN⁸¹³, eran partidarios de una amplia libertad de testar. Asimismo, entre los que han venido manifestando argumentos en contra de las legítimas, que es tanto como decir a favor de la libertad de testar, aparecen ROCA i TRIAS⁸¹⁴, DELGADO ECHEVERRÍA⁸¹⁵ y MAGARIÑOS BLANCO⁸¹⁶.

⁸¹¹ El art. 808 CC ha experimentado dos modificaciones desde su entrada en vigor el 16/08 /1889, que han consistido en lo siguiente: los párrafos primero y segundo se modifican, brevemente, por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, para eliminar la palabra legítimos - relacionada con los hijos y descendientes -, modificación publicada el 19/05/1981, en vigor el 08/06/1981; el párrafo cuarto, que de origen fue tercero, experimentó esta nueva reordenación, debido a que el art. 10.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, estableció el actual párrafo tercero – relacionado con los hijos o descendientes judicialmente incapacitados -, que entró en vigor el 20/11/2003. Por tanto, los párrafos primero y cuarto del actual art. 808 CC, - a nuestro entender, aparecen como inadecuados para los tiempos actuales, ya que se trata de una normativa que pudo ser válida para la sociedad del siglo XIX, y que debido a su evolución nada tiene que ver con la de nuestros días.

⁸¹² GARCÍA GOYENA, F.: op. cit., págs. 329 y ss.

⁸¹³ SÁNCHEZ ROMÁN, F.: op. cit., pág. 721.

⁸¹⁴ ROCA i TRIAS, E.: op. cit., págs. 194 y ss.

⁸¹⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: op. cit., pág. 128.

⁸¹⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V.: op. cit., págs. 3 y ss.

b.-) Para exponer la libertad de testar que existe en las Islas Baleares, nos basaremos en las legítimas que establecen los arts. 42 y 79 CDCIB; el primero se refiere a las islas de Mallorca y Menorca y el segundo a las de Ibiza y Formentera. La información que nos facilitan es la siguiente:

El art. 42 CDCIB, en su párrafo primero señala: *“Constituye la legítima de los hijos por naturaleza y adopción y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número”*. Y, en su párrafo tercero, de gran interés para nuestro estudio, indica: *“En cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los restantes legitimarios”*.

El art. 79 CDCIB, en su párrafo segundo establece: *“La legítima de los descendientes está constituida por la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro, y por la mitad de la herencia si excediesen de este número. Los hijos se contarán por cabezas y los demás descendientes por stirpes. Las dos terceras partes o la mitad restantes, según los casos, serán de libre disposición”*.

Como puede observarse, aunque la redacción de los párrafos que se refieren a la legítima⁸¹⁷ es diferente, sin embargo, la porción de legítima es la misma: de un tercio o la mitad del haber hereditario, según que los descendientes no excedan de cuatro, o sí superen este número.

Por lo tanto, en el supuesto de que la legítima sea de un tercio, la libertad de testar será de dos tercios, o sea de 0,66 del patrimonio, y si llegase a la mitad coincidiría con la de libre disposición de 0,50 del patrimonio, que sería la libertad de testar, siempre que existiesen legitimarios, puesto que, si no existieran, la libertad de testar sería total.

⁸¹⁷ Como la STSJ BAL 2/2014, Sección Primera, ROJ: STSJ BAL 462/2014, de 5 de junio de 2014, en su F. J. 3º p.11, manifiesta: *“¿Cuál será, entonces, el sentido de la repetida cláusula testamentaria? La mención nada deja a su esposa en concepto de legítima por hallarse actualmente en trámites de separación, hay que incardinarla claramente en el párrafo 2 del artículo 45 de la Compilación, que remite al artículo 835 del Código Civil en la redacción entonces vigente, según el que, cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito, lo que estaba en conexión con el artículo 834 del mismo Código, que preveía la separación causal culpable”*.

La libertad de testar se concreta, cuando se define y se fija la legítima. Así en las Islas Baleares se sigue el sistema de legítima material, comprendida como una porción de bienes de la que no puede disponer el causante por haberla reservado la ley a favor de determinados parientes⁸¹⁸; luego si se fija esa porción, por ser complementaria, se concreta la libertad de testar. De la misma forma determinados autores, entre ellos ROCA SASTRE⁸¹⁹ y CARDONA GUASCH⁸²⁰, cuando comentan la legítima se refieren, sin mencionarla, a la libertad de testar.

c.-) En Galicia determinaremos la libertad de testar, igual que en los casos anteriores, como el complemento a la vigente legítima, que nos proporciona el art. 243 LDCG, que dice: *“Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes”*.

Por tanto, la libertad de testar de que gozará el disponente, una vez respetada, por imperativo legal, la porción de legítima, será de las tres cuartas partes de su patrimonio, o sea, del 0,75 en tanto por uno. En el supuesto de que no existieran legitimarios, el testador podría disponer de todo su patrimonio, en cuyo caso la libertad de testar sería total.

El amplio impulso que dio la LDCG a la ampliación de la libertad de testar, en relación de su precedente inmediato de 1995 basado en lo principal con el CC, quedó patente con la nueva regulación de la legítima, que ha pasado a ser, como se ha indicado, de la cuarta parte del haber hereditario; consecuencia de que, por primera vez, en 2006 se había establecido un sistema legitimario gallego completo y autónomo, muy diferente del que aún mantiene el CC, el cual, sin embargo, continúa proyectando su influencia sobre aquél, de los principios de la legítima del CC sobre la gallega.

Sin duda, la regulación de las legítimas⁸²¹ por la LDCG, constituyó una de las novedades más significativas de la nueva ley en relación con su precedente inmediata

⁸¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: << Legítima material >>, op. cit., págs. 493 a 560.

⁸¹⁹ ROCA SASTRE, R. M.: << La naturaleza jurídica >>, op. cit., pág. 203.

⁸²⁰ CARDONA GUASCH, O.: op. cit., pág. 446.

⁸²¹ Así la STSJ GAL 17/2012, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 4858/2012, de 24 de abril de 2012, en su F. J. 4º p.5, manifiesta: *“Si esto es así, como parece que es, no podemos compartir la idea de la sentencia de la*

de 1995⁸²². Diversos han sido los que se han pronunciado sobre esta realidad, como TORRES GARCÍA⁸²³ y REBOLLEDO VARELA⁸²⁴

d.-) Con relación a Cataluña, donde los Tribunales en el Libro IV de su CCC hallamos el art. 421-1 que informa sobre la Libertad de testar: *“La sucesión testada se rige por la voluntad del causante, manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la ley”*. Pero en este art. la voluntad del causante no se refiere a que pueda ejercerla sobre el total de su patrimonio, sino sobre la parte que quede tras disminuirlo en la porción de legítima, que por imperativo legal exista. Es el art. 451-5 CCC, el que nos informa, en su párrafo primero, de la cuantía de la legítima: *“La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulte de aplicar las siguientes reglas”*. Luego la libertad de testar sería, conforme a lo ya comentado, las tres cuartas partes de dicha cantidad, o sea, el 0,75 de su patrimonio, siempre y cuando existan legitimarios, ya que de no existir la libertad de testar sería sobre la totalidad del patrimonio.

Sobre la existencia de una característica que identifique a la legítima catalana, y en particular para diferenciarla de la legítima del CC, ya comentamos en el Capítulo III, que esta era, sin duda, su tradicional debilidad; y que dicha característica venía determinada por dos factores diferentes: su cuota, de sólo un cuarto del valor de la herencia a distribuir entre todos los sucesores con derecho a la legítima; así como, su novedoso carácter crediticio que niega el derecho a participar en los bienes.

Por otra parte, también comentábamos en dicho Capítulo III, que ya desde la entrada en vigor del Código de Sucesiones, sucedía que la legítima no se encontraba regulada en sede de sucesión testamentaria, sino en un título propio, como es el Título V, *“Otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley”* – arts. 451-1 a 451-27 CCC -. Por tanto, no puede asegurarse que la legítima catalana representa solamente un límite

Audiencia Provincial porque incluso aunque se conceptuara la legítima como pars bonorum nada impide la posibilidad de pagar la legítima con bienes extra hereditarios en los casos mencionados, y por la misma razón tampoco participamos de la idea de la demanda cuando pretende, eventualmente, una condena al pago en metálico, porque no nos encontramos en ninguno de los casos previstos legalmente y basta con recordar la norma general del artículo 149” – Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia -.

⁸²² Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.

⁸²³ TORRES GARCÍA, T. F.: << La legítima en el Código civil >>, op. cit., pág. 299, resalta el carácter novedoso, en especial del sistema legitimario de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

⁸²⁴ REBOLLEDO VARELA, A. L.: op. cit., pág. 1018.

a la libertad de testar. El art. 451-1 CCC, junto a la ubicación sistemática, ya indica una de las características principales de la legítima, o sea, que se trata de un derecho de crédito – *pars valoris* – y no de un derecho sobre los bienes de la herencia – *pars bonorum* -. ⁸²⁵

e.-) En Aragón, la libertad de testar se deduce del primer apartado del art. 486 CDFA, puesto que, dado que nos informa sobre la legítima colectiva, en el sentido de que queda establecida en la mitad del caudal fijado conforme al art. 489 CDFA, es claro que, de la misma, se puede obtener su complemento, que es la libertad de testar.

Por tanto, la libertad de testar, en Aragón, será la mitad del caudal fijado conforme al art. 489 CDFA, o sea, el 0,50 del patrimonio del testador. Ahora bien, nos llama la atención lo establecido por el segundo párrafo del art. 486 CDFA⁸²⁶ que faculta al causante a realizar una amplia distribución de la legítima colectiva entre sus legitimarios, hasta el punto que, llegado el caso, dependiendo sólo de su voluntad, éste puede dejar sin percibir ninguna legítima individual a todos los citados legitimarios menos a uno.

Por otra parte, el Preámbulo de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que fue incorporado al CDFA, afirmaba que se habían mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de testar⁸²⁷ y una pormenorizada regulación que evitase la injerencia de normas del CC que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto.

⁸²⁵ LAMARCA MARQUÉS, A.: op. cit., pág. 269.

⁸²⁶ “Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno sólo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.

⁸²⁷ La STSJ ARA 23/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 1111/2016, de 5 de octubre de 2016, en su F. J. 7º p.1, manifiesta: “A pesar, sin embargo, de las conclusiones obtenidas por la sentencia respecto de las posibilidades que brindaba la libertad de testar, de la consiguiente obligación de respeto de lo dispuesto por el testador, y de la validez plena que reconoce a la cláusula fideicomisaria establecida, después, en el FD décimo, estimará que la aplicación de lo previsto respecto de la revocabilidad del testamento en los artículos 406.3 y 421 CDFA – referentes a posibilidad de revocación del testamento mancomunado – junto con la falta de correspondencia de las cláusulas testamentarias que recoge el propio testamento dan lugar a concluir que nada podía impedir que dispusiera de sus propios bienes no heredados de su esposo fallecido”.

Para PARRA LUCÁN, la legítima como límite de la libertad de disponer que tienen los aragoneses, continúa siendo legítima colectiva a favor de los descendientes. La citada Ley 1/1999, de 24 de febrero, ni tampoco el CDFA, contienen una definición, pero de su sistemática y de la regulación legal resulta una visión muy tradicional de la legítima, entendida como limitación a la voluntad del disponente. La óptica desde la que se contempla la legítima no es el derecho del legitimario a recibir bienes, ni siquiera un valor del caudal hereditario, sino la óptica del causante, para el que la legítima juega como un límite, como un freno a la libertad de disposición⁸²⁸.

f.-) Respecto del País Vasco, del art. 48 LDCV, que se refiere a la legítima como una cuota sobre la herencia, y del art. 49 LDCV, que menciona la cuantía de la misma, y que la establece en un tercio del caudal hereditario, lo que posibilita que, conforme a lo ya comentado, se pueda determinar la libertad de testar como complemento de dicho valor legitimario.

Por consiguiente, la libertad de testar será, sencillamente, de dos tercios del patrimonio del disponente, o sea, de 0,66, salvo en las tierras alavesas del valle de Ayala, que conforme al art. 89 LDCV es de la unidad. Sin embargo, como en el caso aragonés, nos llama la atención lo regulado por el apartado dos del art. 48 LDCV: que le recuerda al causante la obligación que tiene de transmitir la legítima a sus legitimarios, pero, facultándole, además, para poder elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los restantes, de forma expresa o tácita. Lo que indica una amplia libertad de distribución del causante, hasta el punto, sí esa es su voluntad, que puede dejar sin legítima a todos los legitimarios menos a uno de ellos.

No obstante, lo indicado respecto a la existencia de la legítima en el País Vasco, hay que tener presente que las normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Vizcaya, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen serán imputables a su legítima⁸²⁹.

⁸²⁸ PARRA LUCÁN, M. A. y BARRIO GALLARDO A.: op. cit., pág. 360.

⁸²⁹ Art. 47.p.2 LDCV, que, dentro de las limitaciones a la libertad de testar, informa sobre las normas de la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Vizcaya, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio.

g.-) El resumen de la libertad de testar, en porcentaje del patrimonio del disponente, es como sigue: Derecho común 33 %; Islas Baleares 66 y 50 %; Galicia 75 %; Cataluña 75 %; Aragón 50 %; País Vasco 66 % y Navarra 100 %, que como ya fue comentado en el Capítulo III, su legítima existente es sólo formal y no material.

Como puede observarse, la libertad de testar en Derecho común, comparada con la correspondiente en territorios con competencia legislativa, es la inferior que existe en España, por lo que nos centraremos en las siguientes propuestas sobre normas adecuadas para ampliarla.

III.- AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR POR REDUCCIÓN DEL NÚMERO DE LEGITIMARIOS

Hemos venido haciendo hincapié sobre los requisitos necesarios para que, conforme a la legislación vigente, los hijos y descendientes fuesen legitimarios del causante, y también hemos señalado que, tanto en Derecho común como en los territorios con competencia legislativa, sólo son exigibles para ser legitimario el vínculo sanguíneo con el causante o que fuesen adoptados por éste, sin tener en cuenta ninguna otra condición de las muchas que hemos venido enumerando, tales como edad, estado civil, enfermedad, dependencia económica con el causante, patrimonio, etc.

Por consiguiente, nuestra posición al respecto, y en el caso del Derecho común, es que es posible ampliar la libertad de testar reduciendo el número de legitimarios, de los expresados por el art. 807 CC, por imposición de una condición adicional a las establecidas por la norma que, como hemos indicado, son el vínculo sanguíneo y la adopción.

Pues bien, de entre todas las condiciones que se han citado, y de otras posibles sin mencionar, la más acertada, a nuestro entender, es la de situación económica del hijo o descendiente del causante en relación con la porción de legítima que podría corresponderle, de tal suerte, que si los ingresos económico anuales de aquél fuesen superiores a ésta, no debería ser legitimario.

De lo anterior, se deduce nuestra propuesta, que podría concretarse en añadir un nuevo número al mencionado art. 807 CC, que indicaría: “4º) *No lo serán los que gocen de ingresos económicos anuales superiores a los que les podrían corresponder por legítima*”.

Respecto de los citados ingresos económicos anuales podrían ser los legalmente declarados⁸³⁰.

Asimismo, la porción de legítima que debería dejar de percibir el hijo o descendiente, al no ser legitimario, no iría a acrecer las legítimas de los posibles restantes legitimarios, sino a la parte de libre disposición, conforme a la CDCIB⁸³¹, con lo que la libertad de testar se vería ampliada.

A título de ejemplo de lo que consideramos que, a nuestro juicio, puede suceder, exponemos lo siguiente: Como se deduce del art. 807 CC, cabe la posibilidad de que los hijos o descendientes, con patrimonios o ingresos económicos superiores a los que pueda poseer el futuro causante en el momento de su fallecimiento, por ser legitimarios, reclamen su legítima, y el cónyuge viudo se vea en la necesidad de desprenderse, incluso, de la vivienda familiar para hacer frente al pago de la misma, ya que al causante, debido a su limitada libertad de testar, no pudo dejarle a su cónyuge los recursos que hubiese deseado. “¿No sería más justo, a nuestro entender, que al precepto citado se le hubiese dotado de las condiciones necesarias para que los hijos y descendientes, que gozasen de dichas situaciones económicas, no fuesen legitimarios?”.

El mismo ejemplo anterior podría resultar válido para el supuesto de que existiesen ascendientes del causante que, a pesar de gozar de una situación económica superior a la de éste, por ser legitimarios, exigiesen al cónyuge viudo su legítima, por tener derecho a ella, por lo que, dicho cónyuge supérstite, se vería obligado a tomar decisiones análogas a la anterior referida para el caso de los descendientes, es decir, a tener que desprender de bienes esenciales para hacer frente al pago de la legítima.

⁸³⁰ Los ingresos económicos anuales, podrían ser los declarados legalmente a través del impuesto sobre la renta de las personas físicas – IRPF –.

⁸³¹ Art. 42.p.3 CDCIB: “En cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los posibles restantes legitimarios”.

IV.- AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR POR REDUCCIÓN DE LA LEGÍTIMA MANTENIENDO LA EXPECTATIVA DE LEGÍTIMA POR LEGITIMARIO

El art. 808 CC, vigente desde el 16 de agosto de 1889, en su párrafo primero nos informa: “*Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre*”⁸³². Pero la sociedad que existía cuando esta norma entra en vigor, nada tiene que ver con la actual, ya que en los tiempos actuales empieza a ser difícil hallar matrimonios que, como media, posean más de dos hijos, mientras que entonces entraba dentro de la normalidad que ese número medio alcanzase la cifra de cuatro, es decir, la sociedad ha experimentado una gran evolución.

En los tiempos en que el CC entra en vigor, el número medio de hijos por hogar era, sin duda, superior al de la actualidad. En la primera mitad del siglo XX, la familia extensa comienza a decrecer y, aún en la segunda, continúa con esa tendencia, como nos indica el Boletín informativo 2/2004 del Instituto Nacional de Estadística⁸³³, que informa sobre la evolución del número medio de miembros de los hogares, en el sentido de que en 1970 era de 3,8 y en 2001 de 2,9. Ya en el Boletín informativo 7/2014, se confirma esa tendencia descendiente, puesto que indica que llega a ser de 2,53 en 2013. Y este mismo Boletín informa sobre el tipo de hogar⁸³⁴. Por último, la encuesta continua sobre el hogar de 2018 que facilita el INE⁸³⁵, nos informa sobre el número de parejas con y sin hijos, de donde es fácil deducir que el número medio de hijos por pareja se sitúa entre uno y dos.

La normativa citada, que nació hace aproximadamente siglo y medio, pudo ser muy válida para entonces, pero sí eso fue así, debido al cambio de la sociedad mencionado, a nuestro juicio, no debería ser válida para la actualidad, por lo que estaría

⁸³² Modificación de este primer párrafo, con el único fin de eliminar la palabra “legítimos”, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

⁸³³ <https://www.ine.es/Boletin> informativo 2/2004/. (Consultado, el 02/01/2019).

⁸³⁴ Sobre los 18.217.300 hogares existentes en España, el tipo de hogar es el siguiente: pareja sin hijos el 21,6.6%; con un hijo el 16,4% y con dos hijos el 15,3%, <https://www.ine.es/Boletin> informativo 7/2014/. (Consultado 25/06/2019).

⁸³⁵ [https://www.ine.es/Encuesta continua hogar/](https://www.ine.es/Encuesta%20continua%20hogar/). (Consultado 26/06/2019):

Parejas sin hijos 799.100 de hecho y 3.589.600 casadas, total: 4.388.700.

Parejas con un hijo 482.200 de hecho y 2.788.900 casadas, total: 3.271.100.

Parejas con dos hijos 281.300 de hecho y 2.717.400 casadas, total: 2.998.700.

Parejas con tres o más hijos 63.200 de hecho y 559.200 casadas, total: 622.400.

más que justificada una modificación de la misma, de acuerdo con la propuesta que a continuación exponemos:

Admitido que el número medio de hijos por matrimonio, a finales del siglo XIX, fue de cuatro, la relación entre los dos tercios que constituía la legítima y ese número cuatro nos facilita el resultado de un sexto, es decir, la expectativa de legítima individual por hijo era de un sexto del caudal hereditario del padre y de la madre. Ahora bien, si el número medio de hijos por matrimonio, en la actualidad, es de dos, sería posible reducir la legítima de dos tercios a un tercio, de tal suerte, que la relación entre un tercio y dos sería, igualmente, de un sexto,

En consecuencia, es posible reducir la legítima de dos tercios a un tercio y que la expectativa de legítima individual por hijo, en la actualidad, sea la misma que existía cuando la norma entró en vigor. Además, podría mantenerse la legítima de dos tercios para aquellos casos, cada vez menos probables, en los que el número de hijos por matrimonio fuese superior a dos, con lo que la legítima dependería del número de legitimarios. En definitiva, nuestra propuesta puede concretarse en que el art. 808 CC, en su primer párrafo, debería expresar: “Constituyen la legítima la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, cuando el número de legitimarios no fuese superior a dos, y de dos terceras partes cuando lo superase”.

Una vez comentadas las propuestas que consideramos adecuadas para que, en el supuesto de aplicarlas, sus efectos se traducirían en una ampliación de la libertad de testar, exponemos a continuación nuestra modesta *lege ferenda*:

a.-) Propuesta para ampliar la libertad de testar por reducción del número de legitimarios: añadir un nuevo número al art. 807 CC, que indicaría:

“4º) No lo serán los que gocen de ingresos económicos anuales superiores a los que les podrían corresponder por legítima”.

b.-) Propuesta para ampliar la libertad de testar por reducción de la legítima, manteniendo la expectativa de legítima que tenía cada legitimario cuando la norma entró en vigor: modificar la redacción del art. 808 CC, en el sentido siguiente:

1º Sustituir la redacción del primer párrafo por la de:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, cuando el número de legitimarios no fuese superior a dos, y de dos terceras partes cuando lo superase”.

2º Adaptar la redacción de los tres párrafos restantes a la propuesta para el párrafo primero.

Con lo que quedan expuestas las normas adecuadas para que, en el supuesto de aplicarlas, aumente la cuota dispositiva para testar, de acuerdo con nuestros objetivos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De lo expuesto, relativo a la libertad de testar que existió en época romana y en la edad media, se deduce que ésta fue total en Roma, durante la vigencia de la Ley de la XII Tablas, o Código decenviral, mientras que, por el contrario, en la segunda época citada, resultó ser de lo más restringida que ha existido, merced a lo que estableció la Lex Dum Inlícita de Chindavinto que, para el supuesto de la existencia de hijos y nietos, la redujo a una quinta parte de la herencia.

SEGUNDA.- Con respecto a la polémica que existió entre los que defendían la libertad de testar, de una parte, y los partidarios del sistema de legítimas de otra, y que, finalmente, el art. 808 CC, que reguló la cuota legitimaria, entro en vigor a finales del siglo XIX, lo relevante de ello, es que tras los cambios sociales y económicos que han surgido desde entonces, sorprende que continúe inalterable y, por consiguiente, inamovible la libertad de testar.

TERCERA.- Del análisis a las tendencias de las últimas reformas de las legítimas, tanto en territorios españoles con competencia legislativa, como en Países de nuestro entorno, se deduce que en aquéllos se ha experimentado una importante reducción de sus legítima y, en éstos, si nos referimos a: Alemania, cuya reforma es relativamente reciente, la ha llevado a cabo conforme a lo establecido por su Ley, de modificación del Derecho de sucesiones y de la prescripción, que entró en vigor el 1 de enero de 2010; y si nos fijamos en Francia, ocurrió otro caso similar al de Alemania, se planteó las reformas de las legítimas con la revisión del Derecho de sucesiones a través de la Ley 728/2006, de 23 de junio.

CUARTA.- Con relación a los hitos más relevantes del Derecho de familia, recogidos en el CC, anteriores a la Constitución Española de 1978, pueden concretarse en los siguientes:

El suceso más importante, como se ha indicado, fue la promulgación del CC, en vigor desde el 16 de agosto de 1889; La Constitución Española, de 9 de diciembre de 1931; La Ley de 24 de abril de 1958, que supuso una modificación de cierto alcance, una mejora del antiguo sistema jurídico familiar del CC; La Ley de 2 de mayo de 1975, de

determinados arts. del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

QUINTA.- Con la Constitución Española de 1978, nace un nuevo Derecho de Familia que puede considerarse coincidente con la denominada posmodernidad. Del análisis de los principales preceptos constitucionales relacionados con el Derecho de familia y de las legislaciones más importantes que originaron su desarrollo, concretamos que:

El ar. 32 CE regula el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, y señala una disciplina del matrimonio en sus líneas esenciales; El art. 39 CE es el precepto constitucional dedicado por antonomasia a la familia, y nos informa que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

La Ley 11/1981, de 14 de mayo, establece aspectos especialmente relevantes, entre otros, la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, y la protección integral que los padres deben dispensar a los hijos; La Ley 30/1981, de 7 de julio, tuvo por finalidad modificar la regulación del matrimonio y determinar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, e introdujo la figura del matrimonio homosexual y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, facilitando la obtención del divorcio.

SEXTA.- De lo comentado sobre el patrimonio en general y de su carácter familiar en particular, debe tenerse presente: Conocido el patrimonio como uno de los grandes hallazgos del pensamiento jurídico del siglo XIX, sin embargo, es claramente discutido, Al hablar o escribir sobre el mismo, se destaca su dificultad, que se da en casi todos los aspectos que alcanzan a esta institución, y la dudosa utilidad de su concepto.

Del comentario de los ingresos económicos del matrimonio, es conveniente recordar: Los correspondientes por trabajo y actividad de los cónyuges y por los frutos de los bienes privativos que constituye la esencia misma de la sociedad legal de gananciales.

De lo mencionado sobre determinados bienes inherentes a la persona, se deduce que lo normal es que éstos se mantengan a priori dentro de su esfera de control absoluto, privativo; sin resultar afectados por el principio de disposición ni de gestión simultáneo de ambos cónyuges.

Con relación a la organización económica familiar que se ha comentado, y que tiene su origen en la que se imponga y acepte el matrimonio, que puede elegir la organización económica de la sociedad conyugal, debe tenerse presente: Que está compuesta por un conjunto de normas que regulan los efectos del matrimonio, ya sea la relación de los cónyuges entre sí como con terceras personas, es decir, el régimen económico matrimonial que considere más conveniente, o bien, admitir el supletorio del lugar.

SÉPTIMA.- Además de lo comentado respecto a las diversas formas de transmitir bienes y derechos al margen del Derecho sucesorio, hemos considerado de interés referirnos a la protección de datos y al testamento digital, contemplados por la reciente ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantías de derechos digitales, de 5 de diciembre de 2018, de la que se deriva la novedosa regulación de su artículo 96, y de la que puede concretarse nuestro parecer en el sentido de que:

Al referirse, la citada ley, a los derechos de las personas fallecidas, su decisión de denominar a este apartado como testamento digital queda desnaturalizada, ya que no introduce un nuevo testamento, probablemente muy necesario con sus garantías correspondientes, sino las consecuencias del contenido del mismo respecto de derechos post mortem de las personas en las redes sociales y organismos públicos, tan necesarios de proteger.

OCTAVA.- Comentada la propuesta, en la que comparamos los ingresos económicos anuales del legitimario con la legítima que de su causante podría corresponderle, y que consideramos apropiada para reducir el número de legitimarios indicados por el art. 807 CC, para que, en el supuesto de aplicarla, sus efectos se traducirían en una ampliación de la libertad de testar, en la que debe entenderse por ingresos económicos anuales los declarados a través del impuesto sobre la renta de las personas físicas, exponemos a continuación nuestra *lege ferenda*:

Añadir un nuevo número a dicho art. 807 CC, que indicaría:

“4º) No lo serán los que gocen de ingresos económicos anuales superiores a los que les podrían corresponder por legítima”.

NOVENA.- Comentada la propuesta que consideramos apropiada, por reducción de la legítima, manteniendo la expectativa de legítima que tenía cada legitimario cuando la norma entró en vigor, para que, en el supuesto de aplicarla, sus efectos se traducirían en una ampliación de la libertad de testar, exponemos a continuación nuestra *lege ferenda*:

Modificar la redacción del artículo 808 CC, en el sentido siguiente:

1º Sustituir la redacción del primer párrafo por la de:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, cuando el número de legitimarios no fuese superior a dos, y de dos terceras partes cuando lo superase”.

2º Adaptar la redacción de los tres párrafos restantes a la propuesta para el párrafo primero.

RESUMEN

TÍTULO DE LA TESIS: LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROPUESTA DE NORMAS ADECUADAS PARA AMPLIARLA Y PARA SER LEGITIMARIO

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha tenido por finalidad, conseguir y analizar información legislativa, jurisprudencial y doctrinal, relativa al proceso histórico y actual sobre el grado de libertad de testar que ha existido desde el Derecho romano hasta nuestros días, así como proponer soluciones para ampliarla. Para ello, en primer lugar, comentamos, de forma breve, el grado de libertad de testar que ha existido desde el primitivo Derecho romano hasta la época codificadora de 1889 y, en segundo lugar, desde ésta hasta nuestros días, en la que ya la relacionaremos con el sistema legitimario existente y, sobre todo, quienes son las personas con derecho a percibir la legítima, es decir, los legitimarios.

I.- DE LA ÉPOCA ROMANA Y DE LA EDAD MEDIA

Es una opinión muy extendida en la doctrina científica, así como prácticamente generalizada entre los autores españoles: en tanto en cuanto estuvo vigente el régimen sucesorio de las XII Tablas imperó en Roma una completa libertad de testar. Después, la Lex Falcidia y la disposición del Emperador Justiniano confirman una legítima material de un cuarto y un tercio del haber hereditario respectivamente, disminuyendo, por tanto, la citada libertad de testar.

Respecto de la Edad Media, nos parece de interés referirnos a la “*Lex DUM ÍNLÍCITA*” de Chindavinto, que surgió a mediados del siglo VI, que se oponía al fenómeno de la libre disposición testamentaria concediendo cuatro quintas partes de la herencia a los hijos o nietos, quedando la libertad de testar muy restringida. En la segunda mitad del siglo XIII, apareció la obra denominada “Las Siete Partidas”, fue, sin duda, a juicio de la mayor parte de la doctrina, una de las obras más importantes que ha conocido el derecho español, y que favorecían la libertad de testar; regulación que fue neutralizada por las Leyes de Toro de 1505.

II.- DE LA ÉPOCA CODIFICADORA Y DE LAS REFORMAS DE LAS LEGÍTIMAS

Tras la época codificadora, en la que existió intensa polémica entre los partidarios del sistema legitimario y los que defendían una más amplia libertad de testar, se promulgó el Código civil, vigente desde el 16 de agosto de 1889, que estableció una legítima de dos terceras partes del haber hereditario para los descendientes del causante, que aún continúa invariable. mientras que, en los territorios autonómicos con competencia legislativa en materia de Derecho de sucesiones, ha quedado reducida a la cuarta parte en Galicia y Cataluña, a un tercio en Islas Baleares y País Vasco y a la mitad en Aragón.

Por lo anterior, se ha pronunciado de forma mayoritaria la doctrina sobre la necesaria revisión de la legítima, que constituye una de las cuestiones clave que afecta a la puesta al día del Derecho de sucesiones. La antigua disputa entre libertad de testar y el sistema de legítimas, no sólo se ha vuelto a tomar en consideración en los últimos tiempos, con mayor o menor fuerza dependiendo del ámbito, sino se ha llegado a defender una mayor libertad de testar a base de una disminución e incluso de una supresión del sistema legitimario.

Con relación a las tendencias en las últimas reformas de las legítimas, se ha considerado de interés referirnos a las habidas, tanto en Países de nuestro entorno, como las de Alemania y Francia, así como a las surgidas en territorios españoles con competencia legislativa sobre la institución: Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Aragón y País Vasco, se ha indicado la importante disminución experimentada por las legítimas respectivas, así como la ausencia de legitimarios, ascendientes del causante, de los tres últimos territorios citados.

Se ha hecho hincapié en el carácter colectivo de la legítima de Aragón; en la dependencia del número de legitimarios para hallar la cuantía de la legítima en las Islas Baleares; en la facultad que posee el causante para distribuir la legítima entre sus legitimarios, en Aragón y País Vasco, pues, si a bien lo tiene, puede atribuir toda la legítima a un solo legitimario, dejando al resto sin ella. Se ha comentado, la legítima formal, el usufructo de viudedad y los pactos sucesorios de Navarra, antes y después de

su reciente Ley Foral de 21/2019, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de 4 de abril de 2019.

Asimismo, sobre las reformas realizadas en Derecho sucesorio en Países de nuestro entorno, se han comentado las de los dos citados:

En Alemania, la reforma establecida por la Ley de modificación del Derecho de sucesiones y de la prescripción, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, y que, por cierto, no colmó las expectativas inicialmente plantadas, afectando los cambios esenciales a la regulación de la legítima y a las causas de desheredación. En el debate sobre la legítima fue determinante la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de abril de 2005, en la que se declaró protegida constitucionalmente la legítima.

En Francia, sucedió otro caso similar al de Alemania, a través de la Ley 728/2006, de 23 de junio, se planteó las reformas de las legítimas con la revisión del Derecho de sucesiones. Esta reforma, aunque fue una de las más amplias e importantes del Derecho civil, conservó, sin embargo, los principios fundamentales en que se basa. Se suprimió la legítima de los ascendientes; se incluyó el derecho de representación para el supuesto de repudiación; la acción de reducción de donaciones se transformó en un derecho de crédito.

III.- EL DERECHO DE FAMILIA PREVIO Y POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Por la relación del Derecho sucesorio con el Derecho de familia, se ha considerado de interés, a nuestro juicio, referirnos a los hitos más relevantes de éste:

Como los sucedidos antes de la Constitución Española de 1978: La promulgación del Código civil, en vigor a partir del 16 de agosto de 1889; La Constitución Española, de 9 de diciembre de 1931, que proclamó el principio de aconfesionalidad del Estado; El régimen franquista, que terminó con dicha Constitución de 1931; Una modificación de cierto alcance por la Ley de 24 de abril de 1958, pero la reforma más importante fue la establecida por la Ley de 2 de mayo de 1975, relacionada con la situación jurídica de la mujer casada.

De la promulgación de la Constitución Española de 1978: Destacan sus preceptos 32 y 39, relacionados con el Derecho de familia; Del desarrollo de sus preceptos

surgieron destacadas legislaciones, entre ellas, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales; la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio; la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre el derecho a contraer matrimonio y la Ley 15/2005, de 8 de julio, relacionada con el divorcio.

IV.- DISPOSICIONES PATRIMONIALES Y ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA

Se ha comentado, por su interés, la sucesión patrimonial especial y los instrumentos jurídicos que existen, para realizar disposiciones patrimoniales al margen del Derecho sucesorio. Asimismo, se ha comentado el testamento digital, recogido por la reciente Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantías de derechos digitales, de 5 de diciembre de 2018.

Se ha hecho referencia a la organización económica familiar, que tiene su origen en la que se imponga y acepte el matrimonio, que puede elegir la organización económica de la sociedad conyugal, que está compuesta por un conjunto de normas que regulan los efectos del matrimonio, ya sea la relación de los cónyuges entre sí como con terceras personas, es decir, el régimen económico matrimonial que considere más conveniente, o bien, admitir el supletorio del lugar.

V.-SOBRE LAS NORMAS ADECUADAS PARA AMPLIAR LA LIBERTAD DE TESTAR

Se ha comprobado que, la libertad de testar en Derecho común, comparada con la correspondiente en territorios con competencia legislativa, es la inferior que existe en España, por lo que se han propuesto normas adecuadas para ampliarla.

Una de ellas consiste en ampliar la libertad de testar por reducción del número de legitimarios, por imposición de una condición adicional para serlo, además de las exigidas por el art. 807 CC, que a nuestro entender, entre los diversos posibles, nos fijamos en la situación económica del hijo o descendiente del causante en relación con la porción de legítima que podría corresponderle, de tal suerte, que si los ingresos económico anuales, legalmente declarados, de aquél fuesen superiores a ésta, no debería ser legitimario.

De lo anterior, se deduce nuestra propuesta, que podría concretarse en añadir un nuevo número al mencionado art. 807 CC, que indicaría: *“4º) No lo serán los que gocen de ingresos económicos anuales superiores a los que les podrían corresponder por legítima”*.

Otra norma propuesta para ampliar la libertad de testar consiste en reducir la legítima, pero manteniendo la expectativa de legítima por legitimario. La sociedad que existía cuando el art. 808 CC, entra en vigor, 16 de agosto de 1889, nada tiene que ver con la actual, ya que en los tiempos actuales empieza a ser difícil hallar matrimonios que, como media, posean más de dos hijos, mientras que entonces entraba dentro de la normalidad que ese número medio alcanzase la cifra de cuatro, es decir, la sociedad ha experimentado una gran evolución.

Admitido que el número medio de hijos por matrimonio, a finales del siglo XIX, fue de cuatro, y en la actualidad de dos, es posible ampliar la libertad de testar reduciendo la legítima, pero manteniendo la expectativa de legítima por legitimario que existía cuando la norma entró en vigor.

En definitiva, nuestra propuesta puede concretarse en que el art. 808 CC, en su primer párrafo, debería expresar: *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, cuando el número de legitimarios no fuese superior a dos, y de dos terceras partes cuando lo superase”*.

CONCLUSIONES

Entre las conclusiones que se han expuesto, se consideran como más relevantes:

PRIMERA.- Nuestra propuesta comentada que, consideramos apropiada, basada en la reducción del número de legitimarios, para que, en el supuesto de aplicarla, sus efectos se traducirían en una ampliación de la libertad de testar, consiste en:

Añadir un nuevo número al artículo 807 CC, que indicaría:

“4º No lo serán los que gocen de ingresos económicos anuales superiores a los que les podrían corresponder por legítima”.

SEGUNDA.- Nuestra propuesta comentada que, consideramos apropiada, basada en la reducción de la legítima, pero manteniendo la expectativa de legítima que tenía cada legitimario cuando la norma entró en vigor, para que, en el supuesto de aplicarla, sus efectos se traducirían en una ampliación de la libertad de testar, consiste en:

Modificar la redacción del artículo 808 CC, en el sentido siguiente:

1º Sustituir la redacción del primer párrafo por la de:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes la tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, cuando el número de legitimarios no fuese superior a dos, y de dos terceras partes cuando lo superase”.

2º Adaptar la redacción de los tres párrafos restantes a la propuesta para el párrafo primero.

ABSTRACT

TITLE OF THE THESIS: THE FREEDOM TO TESTIFY IN SPANISH LAW: PROPOSAL
OF ADEQUATE NORMS TO EXTEND IT AND TO BE LEGITIMARY

INTRODUCTION

The purpose of this work is to present and analyze the degree of freedom of the person who intends to make a will on his or her estate, as well propose solutions expand it. To do this, first, we comment briefly, the degree of freedom to test that has existed since the early Roman Law until the codifying time of 1889 and, secondly, from this to our days, in which we to the existing legitimacy system and, above all, who are the people with the is, the legitimaries.

I.- OF THE ROMAN TIME AND THE MIDDLE AGE

It's a widespread opinion in scientific doctrine, as well as practically generalized among the Spanish authors: as long as the succession regime of the XII Tables was in force, a complete freedom of testing prevailed in Rome. Later the Lex Falcidia and the disposition of the Emperor Justinian confirm a legitimate material of a quarter and a third of the hereditary credit, respectively, diminishing, therefore, the cited freedom to

With respect to the Middle Ages, it seems interesting to refer to the Lex DUM ILICIT of Chindavinto, which emerged in the middle of the sixth century which opposed the phenomenon of free testamentary disposition granting four fifths of the inheritance to children or grandchildren leaving the freedom to test very restricted.

In the second half of the thirteenth century appeared the work called "La Siete Partidas", was undoubtedly, in the opinion of most of the doctrine, one of the most important Works that has known Spanish law, and that favored the freedom to test; regulation that was neutralized by the Laws of Toro of 1505.

II.- OF THE CODING TIME AND THE REFORMS OF THE LEGITIMS

After the codifying era, in which there was intense controversy between the supporters of the legitimate system and those who defended a broader freedom to test,

the Civil Code was promulgated, in force since 16 August 1889, which established a legitimate two thirds of the hereditary assets for the descendant line of the cause, which still remains unchanged, while in the autonomous territories with legislative competence in matters of inheritance law, it has been reduced to a quarter in Galicia and Catalonia, to a third in the Balearic Islands and the Basque Country and to half in Aragon.

For this reason, the majority of the doctrine has been pronounced on the necessary revision of the legitimate one, especially in common law, which constitutes one of the key issues affecting the updating of inheritance law. The old dispute between the freedom to test and the legitimate system has not only been taken into consideration again in recent times, with greater or lesser force depending on the area, but it has come to defend a greater freedom to test on the basis of a decrease and even a suppression of the legitimate system.

With regard to the tendencies in the last reforms of the legitimate ones, it has been considered of interest to refer to the existing ones, as much in Countries of our surroundings, as those of Germany and France, as to those arisen in Spanish territories with legislative competence on the institution: Balearic Islands, Catalonia, Galicia, Aragon and Basque Country, with respect to which it has been indicated the important decrease experienced by the respective legitimate ones, as well as the absence of legitimacy of the ascending line of the causer of the last three mentioned territories.

Emphasis has been placed on the collective character of the legitimate of Aragón; on the dependence of the number of legitimacies to find the amount of the legitimate one in the Balearic Islands; on the faculty that the causer has to distribute the legitimate one among his legitimacies in Aragon and the Basque Country, because, although he has it, he can attribute all the legitimate one to a single legitimate one, leaving the rest without it. It has been commented the the legitimate formal, the usufruct of widowhood and the succession pacts of Navarra, before and after its recent Foral Law of 21/2019, of modification and update of the Compilation of Foral Civil Law of Navarra, of April 4 of 2019.

Likewise on the reforms carried out in inheritance Law in neighbouring countries those of the two mentioned above have been commented:

In Germany, the reform established by the Law amending the law of succession and the statute of limitations, which entered into force on 1 January 2010, and which incidentally, did not meet the expectations initially raised, affecting the essential changes to the regulation of the legitimate and the causes of disinheritance. The Federal Constitutional Court's ruling of 19 April 2005, in which the legitimate one was declared constitutionally protected was decisive in the debate on the legitimate one.

In France, there was another case similar to that of Germany, through Law 728/2006, of 23 June, the reforms of the legitimate ones were raised with the revision of the law of succession. This reform, although one of the most extensive and important in civil law, nevertheless preserved the fundamental principles on which it is based. The legitimate right of ascendants was suppressed; the right of representation was included in the case of repudiation; the action to reduce donations was transformed into a right of credit.

III.- THE RIGHT OF FAMILY PRIOR AND AFTER THE CONSTITUTION OF 1978

Due to the relationship between inheritance law and family law it has been considered of interest, in our opinion, to refer to the most relevant milestones of the latter:

As happened before the Spanish Constitution of 1978: The promulgation of the Civil Code, in force since August 16, 1889; The Spanish Constitution of December 9, 1931, which proclaimed the principle of the non-denominationality of the State; The Franco regime, which ended with the Constitution of 1931; A modification of certain scope by the law of April 24, 1958, but the most important reform was established by the law of May 2, 1975, related to the legal status of married women.

From the promulgation of the Spanish Constitution of 1978: Its precepts 32 and 39, related to family law stand out; From the development of its precepts emerged outstanding legislation, including Law 11/1981 of 13 May on the equality of matrimonial and non-matrimonial children, Law 30/1981 of 7 July, which amended the regulation of

marriage, Law 13/2005 of 1 July on the right to marry and Law 15/2005 of 8 July, related to divorce.

IV.- PATRIMONIAL PROVISIONS AND ECONOMIC ORGANIZATION OF THE FAMILY

It has been commented, for their interest, the special inheritance and the legal instruments that exist to make patrimonial dispositions outside the inheritance law. Likewise, the digital will has been commented, collected by the recent Organic Law 3/2018, on the Protection of Personal Data and guarantees of digital rights, of December 5, 2018.

Reference has been made to the family economic organization, which has its origin in the imposition and acceptance of marriage, which may choose the economic organization of the conjugal society, which is composed of a set of rules regulating the effects of marriage, either the relationship of the spouses with each other or with third persons, i. e., the economic matrimonial regime they consider most appropriate, or, admitting the place's supplementary.

V.- ON THE RIGHT RULES TO EXTEND THE FREEDOM OF TESTING

It has been proven that the freedom to test in Common Law, compared with the corresponding freedom in territories with legislative competence, is the lowest that exists in Spain, and therefore appropriate rules have been proposed to extend it.

One of them consisted in expanding the freedom to test by reducing the number of legitimaries, by imposing an additional requirement to be, in addition to those required by the standard, which in our opinion, among the various possible, we look at the economic situation of the son or descendant of the deceased in relation to the portion of legitimate that could correspond to him, in such a way, that if the annual economic income, legally declared, of that were superior to it, it should not be legitimate.

From the above, we deduce our proposal, which could be specified in adding a new number to the aforementioned art. 807 CC, which would indicate: " 4º) Those who enjoy annual economic income higher than those that could correspond to them as legitimate" will not be.

Another proposed rule to extend the freedom to test is to reduce the legitimate one, but maintaining the expectation of legitimate as legitimate. The society that existed when article 808 CC, enters into force, August 16, 1889, has nothing to do with the current one, since in the present times it begins to be difficult to find marriages that, on average, have more than two children, while then was normal for that average number to reach a figure of four, that is, society has undergone a great evolution.

Admittedly, the average number of children per marriage, at the end of the 19th century, was four, and currently two, it is possible to extend the freedom to test reducing the legitimate one, but maintaining the legitimate expectation as legitimate that existed when the Standard entered into force.

Ultimately, our proposal can be specified in that article 808 CC, in its first paragraph should state: "The third part of the hereditary estate of the father and the mother constitute the legitimate one of the children, when the number of legitimaries was not more than two and two-thirds when I got over it".

CONCLUSIONS

Among the conclusions that have been exposed, they are considered as more relevant:

FIRST.- Our commented proposal that we consider appropriate, based on the reduction of the number of legitimaries so that, in the case of applying it, its effects would result in an extension of the freedom to test, consists of:

Add a new number to article 807 CC, which would indicate:

"4th Will not be those who enjoy annual economic income higher than those that could correspond to them as legitimate".

SECOND.- Our proposal commented that, we consider appropriate, based on the reduction of the legitimate one, but maintaining the legitimate expectation that each when the rule came into force, so that, in the case of applying it, its effects would result in an extension of the freedom of test, consists of:

Modify the wording of article 808 CC, as follows:

1st Replace the wording of the first paragraph with that of:

“The third part of the inheritance of the father and the mother constitute the legitimacy of the children and descendants, when the number of legitimaries did not exceed two, and two thirds when it exceeded it”.

2nd Adapt the wording of the following three paragraph to the proposal for the first paragraph.

.

.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I.- DOCTRINALES

AGUILAR GONZÁLEZ, J.: << Reflexiones acerca de la herencia >>, en *AJEE*, XLI, Madrid, 2008.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, 8ª edición, Madrid, Anzos, 2004.

- *Curso de Derecho civil V*, Madrid, 2008.

- *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, 10ª edición, Madrid, Edisofer, 2006.

- *Compendio de Derecho civil*, 14ª edición, Madrid, Edisofer, 2011.

- *La Mejora*, Madrid, 2003.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: << Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005.

ALONSO MARTÍNEZ, M.: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª edición, Madrid, 1947.

ALONSO PÉREZ, M.: << La familia y el Derecho de familia >>, en *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. I, 1ª edición, directores: M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, Pamplona, Aranzadi, 2011.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido, 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALVARADO PLANAS, J. y OLIVA MANSO, G.: *Los Fueros de Castilla*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1989.

- *Curso de Derecho de familia*, Tomo I, libro homenaje al Prof. M. ALBALADEJO GARCÍA, coordinadores: J. M. GONZÁLEZ PORRAS, F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Universidad de Murcia, 2004.

ANGOITIA GOROSTIAGA, V.: *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria, 1999.

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho Romano II, obligaciones. familia. sucesiones*, 18ª edición, Madrid, Edersa, 1986.

ARVIZU Y GALARRAGA DE, F.: << La disposición *mortis causa* >>, en *el Derecho español de la alta edad media*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.

AZCÁRATE MENÉNDEZ DE, G.: *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*, Tomo III, Madrid, 1883.

BACHOFEN, J. J.: *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1970.

BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el Common Law inglés*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al Derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Dykinson, 2012.

BENEYTO PÉREZ, J.: *Instituciones de Derecho histórico español*, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1930.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Derecho Privado, Derecho de la persona*, Madrid, Bercal, 2017.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: << Derechos inherentes a la persona: despachos profesionales y concesiones administrativas y sociedad de gananciales >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005.

BERLÍN, I.: *“Dos conceptos de libertad”, conferencia pronunciada en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958. Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988.

BERMEJO PUMAR, M. M.: << La legítima. Función y estructura >>, en J. F. DELGADO DE MIGUEL y M. GARRIDO MELERO, *Instituciones de Derecho privado*, Vol. 3, Cizur Menor, Civitas 2005.

- << El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia >>, en *RJN*, núm. 65, enero – marzo, 2008.

BIONDI, B.: *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960.

BOBBIO, NORBERTO: *Igualdad y libertad – trad. Castellana de P. Aragón Rincón -*, Paidós, UAB, Barcelona, 1993.

BONEL Y SÁNCHEZ, L.: *Código civil español, comentado y concordado con el Derecho Foral vigente*, Vol. III, Barcelona, 1890.

- *Código civil español, comentado y concordado con el Derecho Foral vigente* Vol. IV, Madrid, Forgotten Books, 2018.

BONFANTE, P.: *Curso de Derecho romano. Derecho de familia*, Milán, 1963.

- *Instituciones de Derecho romano*, 3ª edición, traducción especial, Madrid Reus, 1965.

BRAGA DA CRUZ, G.: *O Direito de troncalidade*, Tomo I, Madrid, Librería Cruz, 1941.

CADARSO PALAU, J.: *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, Tecnos, 1993.

CALATAYUD SIERRA, A.: << Consideraciones acerca de la libertad de testar >>, en *Academia Sevillana del Notariado IX*, 1995.

- *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Madrid, Dykinson, 2010.

CALDERÓN NEIRA, M.: << La colación en el Código civil >>, en *RGLJ*, Vol. 55, núm. 111, 1907.

CALZADA GONZÁLEZ, A.: *Algunas consideraciones en torno a la bonorum possessio dimidiaie partis*, Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Orense, 1998.

CÁMARA LAPUENTE, S.: << La sucesión y el Derecho sucesorio. Las distintas formas testamentarias >>, en *cap. I y cap. 5 de Curso de Derecho civil V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Colex, 2013.

CARBALLO FIDALGO, M.: << La legítima en Galicia >>, en *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica*, Tomo II, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Oviedo, 1993.

CARDONA GUASCH, O.: << Lección 39: La legítima en el Libro III >>, *Lecciones de Derecho civil balear*, 3ª edición, coordinadora: M. P. FERRER VANREIL, Universidad de las Islas Baleares, 2004.

CARRETERO ZAMORA, J. M.: *Cortes, monarquía, ciudades: las Cortes de Castilla a comienzos de la época moderna (1476-1515)*, Madrid, 1988.

CARRIÓN OLMOS, S.: *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coordinador: J. M. LLOPIS GINER, Fundación Registral, Madrid, 2006.

CASANOVAS Y FERRÁN, J.: *Cuestión sobre los derechos de herencia en el principado de Cataluña*, Sevilla, 1869.

CASANOVAS MUSSONS, A.: << La cualidad personal del legitimario >>, en *Revista Catalana de Derecho privado*, núm. 2, 2003.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Condicio iuris y tácita condijo, las condiciones implícitas en el Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 2006.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J.: << Cautela socini y conflicto de intereses >>, *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, coordinador: P. J. GARRIDO CHAMORRO, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: - *Derecho civil español, común y foral. Derecho de familia. Relaciones conyugales*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1987.

- << Familia y Constitución >>, en *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Libro Pórtico, Zaragoza, 1982.

- *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. I, Madrid, 1979.

- *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. II, Madrid, 1979.

- *Derecho civil español, común y foral. Derecho de sucesiones*. Tomo VI, Vol. 1: La sucesión en general. La sucesión testamentaria, Tarragona, Reus, 2010.

- *Derecho civil español, común y foral, Derecho de sucesiones*, Tomo VI, Vol. 2: Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria, forzosa, intestada, contractual y excepcional, Tarragona, Reus, 2015.

- << La dogmática de la herencia y su crisis actual >>, en *RGLJ*, Vol. 207, núm. 3, sept. 1959.

- << En torno a la teoría del patrimonio >>, en *RGLJ*, 1950, 2º semestre.

- *Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, Madrid, 1941.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: << La regulación histórica del matrimonio en España >>, en *Verbo*, XLIII, números 433-434, marzo-abril, 2005.

CAÑIZARES LASO, A.: << Legítimas y libertad de testar >>, en *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. TORRES GARCÍA*. directores: A. DOMINGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinadora: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014.

CASTRO SÁENZ, A.: *Compendio histórico de Derecho romano. Historia, recepción y fuentes*, Madrid, Tebar, 2005.

CERCEDA MARQUÍNEZ, M.: << De la legítima >>, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, coordinador: J. DELGADO ECHEVERRÍA, Zaragoza, Librería General, 1999.

CERDA GIMENO, J.: << Arts. 79 a 83 >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, Vol. III, Madrid, Edersa, 2000.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español, Derecho hereditario*, Vol. III, Madrid, 1912.

- *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Granada, Comares, 2016.

COMES, J.: *Tratado teórico-práctico del arte de notaría*, Vol. 2, Barcelona 1828.

COSSIO Y CORRAL DE, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 1988.

COSTA MARTÍNEZ, J.: *La libertad de testar y las legítimas, publicado por la libertad civil y el Congreso de Juristas Aragoneses*, Madrid, 1883.

CRISTÓBAL MONTES, A.: << El principio de irrevocabilidad de las donaciones >>, en *RGLJ*, 1969.

DAZA MARTÍNEZ, J.: *Portio debita y comunidad familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materia de liberalidades mortis causa*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Orense, 1998.

DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Instituciones de Derecho privado romano*, 4ª edición, Valencia, Tirant L Blanch, 2009.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: << Autonomía privada y Derecho de sucesiones >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Tomo I, Madrid, 2012.

- << El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte >>, en *La Ley*, núm. 7675 de 21/03/2014.

- << Una propuesta de política legislativa en Derecho de sucesiones por causa de muerte. Presente y futuro >>, en *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006.

- << El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte >>, en *Diario La Ley núm. 7675*, Sección Tribuna, 2011.

DÍAZ RAMOS, J.: << La familia ante una encrucijada histórica >>, en *AW*, VI-2004.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, 9ª edición, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 2007.

- *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, 10ª edición, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Discurso de contestación* a Dña. E., Roca i Trías, *Libertad y familia*. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012.

- *Familia y Derecho*, Madrid, Civitas, 1984.

- *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 1973.

DOMINGO DE MORATÓ, D. R.: *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, Tomo II, 2ª edición, Pamplona, Analecta, 1977.

- *El Derecho civil español con las correspondientes del romano*, Pamplona, Analecta, 2002.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid, 1989.

- << Estudios de Derecho de sucesiones >>, en *Liber Amicorum T. F. TORRES GARCÍA*, directores: A. DOMINGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinadora: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014.

DORAL GARCÍA, J. A.: << Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra >>, en *RJN*, núm. 15, 1993.

D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 1973.

- *Elementos de Derecho privado romano*, 3ª edición, Pamplona, Eunsa, 1992.

- *Elementos de Derecho privado romano*, 10ª edición, Pamplona, Eunsa, 2004

- << Introducción al Título III del Libro II del FN >>, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVII, Vol. I, Madrid, Edersa, 1998.

DURÁN Y BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.

ESCUADERO LÓPEZ, J. A.: *Curso de historia del derecho: Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 2007.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: << Contrato de vitalicio o alimentos y normas sucesorias imperativas >>, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Panadés*, Valencia, 2011.

- *La legítima en la sucesión intestada del Código civil*, Madrid, 1996.

- *Las legítimas y la libertad de testar*, Madrid, Aranzadi, 2019.

- << Comentario a los arts. 806-810 >>, en *Código civil comentado II*, director: A. CAÑIZARES LASO, Pamplona, 2016.

- *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, Vol. V, Madrid, 1970.

- << Incidencia de la propiedad intelectual en la sociedad de gananciales >>, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, Zaragoza, 1993.

- *Manual de Derecho civil español. Sucesiones*, Tomo V, 5ª edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

- *Las facultades del Derecho moral de los autores y los artistas*, Madrid, Civitas, 2016.

ESPINAR LAFUENTE, F.: *La herencia legal y el testamento; estudio doctrinal y de Derecho positivo*, Barcelona, Bosch, 1956.

ESPINOSA DE SOTO, J. L. y GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, G.: << De las legítimas >>, en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

ESPINOSA DE SOTO, J. L.: *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Título IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, Vol. II, Colegio Notarial de Galicia, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

FALGUERA i PUIGURIGUER DE, F. M.: *Conferencias del Derecho catalán*, Conf. I, Barcelona, 1889.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PACHECO, J.: *Fundamentos de Derecho privado romano*, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A.: *Historia del Derecho romano*, 2ª edición, Pamplona, Thomson Reuters, 2012.

- *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, SDHI, núm. 55, 1989,

- *Derecho Romano*, Madrid, Aranzadi, 2019.

FERRER PONS, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DIAZ ALABART, 1ª edición, Tomo XXXI, Madrid, Edersa, 2000.

FERRER VANRELL, M. P.: << Los pactos sucesorios en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares >>, en *Tratado de Sucesiones*, Tomo I, directora: M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, Pamplona, Thomson-Civitas, 2011.

FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho de Familia*, III, Barcelona, Bosch, 1985.

FRÉDÉRIC LE PLAY, P.: *La organización de la familia. Modelo que señala la historia de todas las personas y de todos los tiempos*, París, 1871.

FUENMAYOR CHAMPIN DE, A.: << Intangibilidad de la legítima >>, en *ADC*, 1948-1.

- << El sistema matrimonial español >>, en sep. *RGLJ*, Madrid, 1959.

- *Revisar el divorcio. Tutela de la indisolubilidad matrimonial*, Pamplona, Navarra de Ediciones y Gráficas, 2000.

FUENTESECA DEGENEFTE, M.: *Investigaciones de Derecho procesal romano*, Salamanca, 1969.

- *La formación romana del concepto de propiedad: (dominium proprietatis y causa possessionis)*, Madrid, 2004.

GALICIA AIZPURUA, G.: << Legítimas y libertad de testar en el País Vasco >>, en *Tratado de Legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

- *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

GALLEGO DEL CAMPO, G.: << A Lexítima no Dereito Civil de Galicia. Disposicións Xerais. A lexítima dos descendentes. Preterición e Desherdamento >>, en *Estudios sobre a Lei de Dereito Civil de Galicia. Lei 2/2006, de 14 de xuño*, coordinador: I. J. GONZÁLEZ DORREGO, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Santiago de Compostela, 2009.

GARCÍA CANTERO, G.: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma, Madrid, 1959.

- en CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Derecho de familia. Relaciones conyugales*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1997.

- *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley 42/2001, de 21 de noviembre*, Madrid, Aranzadi, 2004.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L.: *Curso de Historia de las Instituciones españolas: de los orígenes al final de la Edad Media*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

- << La cuota de libre disposición en el Derecho hereditario de León y Castilla en la alta edad media >>, en *AHDE IX*, Madrid, 1932.

- *El feudalismo hispánico. Y otros estudios de historia medieval*, Madrid, Booket, 2000.

GARCÍA GALLO, A.: << Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media española >>, en *ADHE*, T. XXVI, 1956.

- *Curso de historia del Derecho español. Historia del Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, Autor Editor. 2015.

GARCÍA GARRIDO, M. J.: *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 2003.

- *Derecho privado romano*, Madrid, 1994.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado del Prof. LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, Cometa, 1974.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989.

- << Las legítimas en la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia >>, en *Tratado de Legítimas*, Coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

- << El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego >>, en *ADC*, Vol. 3, Núm. 4, 2000.

- << Prólogo >>, al libro de M. T. MARÍN MELÉNDEZ. *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Madrid, Dykinson, 2010 (b).

- << Comentario al art. 146 y ss. >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, directores: M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, Tomo 32, Vol. 2º, Madrid, Edersa, 1997.

GARCÍA VILA, J. A. y GÓMEZ MARTÍNEZ, J.: << Los legados >>, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo V, Vol. I, coordinador: J. F. DELGADO de MIGUEL, Consejo General del Notariado, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

GARDEAZABAL DEL RIO, F. y OTROS: *Instituciones de Derecho privado. Familia*, Tomo IV, Vol. 2º, coordinador: V. M. GARRIDO DE PALMA, Madrid, Civitas, 2002.

GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los Derechos civiles forales*, Comares, núm. 33 de la Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, Comares, 2004.

- GIL Y ROBLES, E.: *Tratado de Derecho político*, Tomo II, 3ª edición, Madrid, 1961.
- GIL NOGUERAS, L. A.: << De la legítima >>, en *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinador: MERINO HERNÁNDEZ, Zaragoza, Son Libros, 2006.
- GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE J. L.: << El régimen sucesorio de la Comunidad Foral de Navarra >>, en *Regímenes económico matrimoniales y sucesiones. Derecho común foral y especial*, Tomo II, 1ª edición, coordinadores: J. L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE y E. RAJOY BREY, Pamplona, Aranzadi, 2008.
- GOMÁ LAZÓN, F.: << Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código civil >>, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 2013.
- GÓMEZ GALLEGU, F. J.: << La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado >>, en *RCDI*, 687, 2005.
- GONZÁLEZ LEÓN, C.: *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, Bosch, 1995.
- HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, traductor: G. HERNÁNDEZ, Barcelona, Ariel, 1987.
- HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F.: *Las instituciones de Justiniano*, Granada, Comares, 1998.
- *Lecciones de Derecho romano*, 6ª edición, Madrid, 1994.
- HERRERO OVIEDO, M.: << Reformulación del usufructo voluntario del cónyuge viudo en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia >>, en *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo III, coordinador: J. GÓMEZ GÁLLEGO. Colegio Registradores de España, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- HINOJOSA Y NAVEROS DE, E.: *La Comunidad doméstica en España durante la Edad Media*, en *La Lectura 5*, Madrid, 1884.
- HUALDE MANSO, M. T.: *Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: reservas y limitaciones dispositivas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007.

IGLESIA FERRERÓS, A.: << Las Leyes de Toro de 1505 o las instituciones hereditarias como pretexto >>, en *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505*, coordinador: B. GONZÁLEZ ALONSO, Salamanca, Kadmos, 2006.

- << Individuo y familia. Una historia del Derecho privado español >>, en *Enciclopedia de Historia de España*, Tomo I, Madrid, 1988.

IGLESIAS REDONDO, J.: *Derecho romano, historia e instituciones*, 11ª edición, Barcelona, Ariel, 1997.

IGLESIAS SANTOS, J.: << La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno >>, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado – AAMN* -, Tomo VI, 1952.

- *Las Fuentes del Derecho Romano*, Madrid, Aranzadi, 2016.

JARILLO GÓMEZ, J. L.: *Los regímenes económicos matrimoniales en España*, 1ª edición, Madrid, Técnica Bellisco, 2011.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *Estudios de Derecho de las personas, familia, obligaciones y contratos*, coordinadores: C. A. AGURTO GONZÁLEZ, S. L. QUEQUEJANA MAMANI, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2017.

JORDANO BAREA, J.: << Teoría general del testamento >>, en *Estudios de Derecho público y privado en homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, Vol. I, Valladolid, 1965.

- *Testamento y su interpretación*, Granada, Comares, 2011.

LACAL, P.: << Herederos y legitimarios >>, en *RCDI*, noviembre de 1945.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Madrid, Civitas, 2011.

- *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981.

- *Elementos de Derecho civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, 5ª edición, Barcelona, Bosch, 1993.

- *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Madrid, Cvitas, 2011.

- << Las legítimas en la Compilación >>, en *RCDI*, núm. XLIV, 1968.
- *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*, Madrid, Dykinson, 2012.
- << La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa >>, en *Estudios de Derecho Privado común y foral*, Tomo 2, Pamplona, 1992.
- << Los bienes privativos de los cónyuges en la comunidad legal aragonesa >>, en *Temis*, núm. 25, 1969.
- *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2009.
- *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2012.
- *Derecho de sucesiones I. Parte general. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Bosh, 1971.
- *Derecho de Familia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1975.
- *Elementos de Derecho civil I. Parte General. Vol. 2º. Personas .Parte General: Personas*, Madrid, Dykinson, 2010.
- *Elementos, IV. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1984.
- *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1988.
- << Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra >>, en *RCDI*, septiembre – octubre, 1964.
- LALINDE ABADÍA, J.: << Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa >>, en *AHDE*, LV, núm. 55, 1985.
- *Iniciación histórica al Derecho de loa pueblos hispánicos. Parte General. Los Sistemas Informativos*, Granada, Trialba Ediciones, 2018.
- *El Derecho en la historia de la humanidad*, Barcelona, 1983.

. *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª edición, Barcelona, Ariel, 1983.

LAMARCA MARQUÉS, A.: << Relaciones familiares y atribuciones sucesorias legales. Legítima y cuarta viudal al Libro IV del CCC >>, *El nuevo Derecho sucesorio del CCC*, Gerona, 2009.

LANDETA, A.: *Las legítimas en el Código civil*, Madrid, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*, VI, 7ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2008.

- << La legítima >>, en *Principios de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tomo 7, 2ª edición, Madrid, Triwium, 2016.

- *Relaciones Paterno-filiales*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 2014.

LLODRA GRIMALT, F.: << La legítima en las illes Balears, Epígrafe I del Capítulo, La legítima y la definitio en las islas Baleares >>, en *Tratado de Derecho de Sucesiones II*, directora: M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, Madrid, Civitas 2011.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: << La garantía institucional de la herencia >>, en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, 1994.

LÓPEZ AGUILAR, J. F.: << Autonomía de la voluntad, poder público y orden constitucional >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, T. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.

- *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: << Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes >>, en *RCDI*, - 585 - 1988-2.

LÓPEZ R. GÓMEZ, N.: *Tratado teórico legal de Derecho de sucesión*, Tomo I, Madrid, 1916.

LÓPEZ HEREDÍA, F.: *Derecho de sucesiones*, Caracas, 2008.

LOZANO CORBI, E.: *Historia e instituciones de Derecho romano*, Zaragoza, Mira Editores, 2011-

- *Historia e instituciones de Derecho romano*, Zaragoza, Mira Editores, 1999.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: << La libertad de testar >>, en *RDP*, septiembre – octubre 2005,

- << La libertad de testar. Una reforma necesaria >>, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1951.

- *Comentarios al Código civil español*, Tomo VI, 2ª edición, Madrid, 1903.

MARIAS AGUILERA, J.: << Familia y elección >>, en *La familia, diálogo recuperable*, Madrid, Karpos, 1976.

-*Mapa del mundo personal*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

MARTÍN BALLESTERO, L.: *El Derecho privado en la compilación de Huesca de 1247*, ADA, IV, Zaragoza, 1947.

MARTÍNEZ DIEZ, G.: *Las instituciones del reino astur a través de los diplomas y el as*, Madrid, 1965.

- *Las comunidades de villa y tierra de la Extremadura castellana*, Valladolid, Editorial Maxtor, 2017.

- << El Fuero Real y el Fuero de Soria >>, en *AHDE*, Madrid, 1969.

MARTÍNEZ GIJÓN, J.: << El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca >>, en *AHDE XXIX*, Madrid, 1959.

MEDINA DE LEMUS, M.: *Derecho civil de bienes. Derechos reales e inmobiliario registral*, Tomo I, Madrid, Dykinson, 2003.

- *Derecho civil y Derecho de sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2005.

MEZQUITA GARCÍA, M. D.: *Comentarios al Fuero Nuevo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

MINGUIJÓN ADRIÁN, S.: *Elementos de historia del Derecho español*. Cuaderno séptimo, Zaragoza, Salvador Hermanos, 1920.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. << La preterición >>, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Madrid, Civitas Thomson, 2002.

- << Legítima material y legítima formal >>, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 49, Madrid, 2009.

- << Reflexiones sobre la legítima >>, en DOMINGUEZ LUELMO/GARCÍA RUBIO, *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum, T. F. TORRES GARCÍA*, directores: A. DOMINGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinadora: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014.

- << Legítima >>, en *EJB*, III, Madrid, Civitas, 1995.

- << Los desprecios al Código civil >>, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma, Madrid*, 2009-1.

- *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Madrid, Aranzadi, 2007.

MONTAGUT ESTRAGUÉS DE, T.: << El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes >>, en *AHDE*, 1992.

MORALES ARRIZABALAGA, J.: *Ley, Jurisprudencia y Derecho en Hispania Romana y Visigoda*, 1ª edición, Zaragoza, Prensas universitarias de Zaragoza, 1995.

MORENO VELASCO, V.: << Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código civil >>, en *Diario La Ley*, núm. 7425, junio 2010, La Ley 3441/2010.

MORET, S. y SILVELA, L.: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863.

MOREU BALLONGA, J. L.: << Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal >>, en *ADC*, 1997.

- << El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones >>, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006.

NAVARRO AMANDI, M.: *Cuestiones de Código civil reformado*, Tomo III, Madrid, 1890.

NIETO ALONSO, A.: *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Madrid, La Ley, 2014.

O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de derecho civil*, Tomo V, Madrid, 2007.

- *Compendio de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Tomo V, 6ª edición, Madrid, Dijusa, 2007.

ORTEGA PARDO, G.: *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1945.

- << Heredero testamentario y heredero forzoso >>, en *ADC*, 1950-2.

OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, reedición presentada por J. M. Ossorio Serrano, Granada, Comares, 2001.

OTERO Y VALENTÍN, J.: *Anticipo legítima*, Valladolid, 1914.

PALAZÓN GARRIDO, M. L.: *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PANERO GUTIÉRREZ, R.: *Derecho Romano*, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- *Derecho romano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

PARICIO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A.: *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010.

PARRA LUCÁN, M. A.: << Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio >>, en *ADFDC*, 2009.

PARRA LUCÁN, M. A. y BARRIO GALLARDO, A.: << La Legítima en Derecho Aragonés >>, en *Tratado de Legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

PASTOR ÁLVAREZ, M. C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Universidad d Murcia, Murcia, 1998.

PASTOR Y ALVIRA, J.: *Manual de Derecho romano según el orden de las instituciones de Justiniano*, Tomo II, 3ª edición, Madrid, De la Viuda e Hija de Gómez Fuentenebro, 1903.

PEREDA GÁMEZ, F. J.: << Las cargas familiares >>, en *El régimen económico de las familias en crisis*, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2007.

PÉREZ ARDÁ, E.: << Preterición testamentaria parcial >>, en *RGLJ*, Vol. 61, núm. 122, Madrid, 1913.

PÉREZ GIMÉNEZ, M. T.: *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Jaén, Universidad de Jaén, 2005.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: *El Fuero Real de Alfonso X el sabio*, 1ª edición, Madrid, Agencia Estatal, 2015.

- << Regímenes económicos matrimoniales, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación >>, en *Tratado de Derecho de familia*, Tomo V, Vol. 2, 1ª edición, Valladolid, Grafolex, 2009.

PÉREZ RAMOS, C.: << La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar >>, en *Autonomía privada, Familia y Herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y cuestiones de futuro*, coordinador: L. AGUILAR RUIZ, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: << La naturaleza de la legítima >>, en *ADC*, 1985-4.

- *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Centro de estudios registrales, 3ª edición, Madrid, 1999.

- *Derechos reales Derecho hipotecario*, Madrid, Centro de estudios registrales, 2010.

- *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

- *La herencia y las deudas del causante*, Granada, Comares, 2009.

PLANTTZ, H.: *Principios de Derecho Privado Germánico*, traductor: C. MELÓN INFANTE, Barcelona Bosch, 1957.

PRIETO BANCES, R.: *Obra escrita*, Vol. I, Oviedo, 1976.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo V, Vol. III, Barcelona, Bosch, 1983.

- *Medio siglo de estudios jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

- *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Madrid, 1947.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3º del Código civil*, Madrid, Dykinson, 2004.

RAMS ALBESA, J.: << Bienes privativos personalísimos – análisis del art. 1346.5º y 6º CC- >>, en *RDR* núm. 14, 1987.

- RAMS AIBESA, J. y OTROS: *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009.

- *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2010.

RASCÓN C.: *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 2008.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: << Comentario a los artículos 238 a 252 >>, en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Tomo II, 4ª edición, Madrid, Dykinson, 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: << Teoría general del patrimonio >>, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo I, coordinadores: M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL, A. SERRANO DE NICOLÁS, Barcelona, Bosch, 2005.

ROCA JUAN, J.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2º, directores: M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABAR, Madrid, Ederesa, 1989.

ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Tomo Xi. Actualización a noviembre de 2008. Barcelona, Bosch, 2009.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Barcelona, 1997.

ROCA SASTRE, R. M.: << La necesidad de diferenciarlo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio >>, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, Madrid, 1943.

- << La naturaleza jurídica de la legítima >>, en *RDP*, Vol. XXVIII, marzo 1944.

- *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo III, 1ª edición, Barcelona, 1941.

- << El llamado derecho de acrecer >>, en *Estudios de Derecho privado II*, Pamplona, 2009.

ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J.: << Estudios de Derecho privado. Sucesiones >>, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid, 1948,

ROCA i TRIAS, E.: *Libertad y familia*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- << Comentario al art. 122 del CCC >>, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVIII-2º, director: M. ALBALADEJO, Madrid, 1982.

- << De la ilegítima a la *ilegítima*. De la pars hereditatis a la pars valoris >>, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010.

RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Heredero y Legitimario*, 1ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.

ROMÁN GARCÍA, A.: *El Derecho de reversión legal – análisis del art. 812 del Código civil* - Madrid, 1984.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio “mortis causa”*, Sevilla, Edelce, 1951.

RUBIO SAN ROMÁN, J. I.: << Reflexiones en torno a la renuncia a los derechos legitimarios por uno de los cónyuges >>, en *Estudios de Derecho de sucesiones, Liber Amicorum*, T. F. TORRES GARCÍA, directores: A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M. P. GARCÍA RUBIO, coordinador: M. HERRERO OVIEDO, 1ª edición, Madrid, La Ley, 2014.

SAMPER POLO, F.: << La disposición “mortis causa” en el Derecho romano >>, en *AHDE*, XXXVIII, Madrid, 1968.

- << Portio debita en el Derecho romano vulgar >>, en *Studia et documenta historiae et iuris*, núm. 37, 1971.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J.: *Las siete partidas*, Madrid, Reus, 2004.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos “post mortem”*, Granada, Comares, 2003.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, 2ª edición, Madrid, 1910.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA: << La legítima >>, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 2ª edición, director: J. DELGADO ECHEVERRÍA, coordinador: M. A. PARRA LUCÁN, El Justicia de Aragón, 2007.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de sucesiones*, Tomo VI, Madrid, Edersa, 1979.

SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.

SERRANO GARCÍA, J. A.: << Las legítimas en Aragón >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones*, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuter, 2011.

SIRVENT GARCÍA, J.: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1983.

TORRENT RUIZ, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, Mira Editores, 1991.

- *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Madrid, Edisofer, 2002

- << Consortium ercto non cito >>, en *AHDE*, núm. 3, 1964.

TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: << La legítima en el Código civil >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón*,

Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, Tomo II, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinador: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2011.

- << La legítima en el Código civil >>, en *Tratado de legítimas*, coordinador: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones*, Madrid, 2014.

TORRES GARCÍA, T. F.: << Legítimas, legitimarios y libertad de testar >>, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia 2006.

- << Una aproximación al artículo 1056.II Código civil – Posible sucesión mortis causa de la empresa - >>, en *Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo II, coordinador: J. GÓMEZ GALLEGU, Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

- << La legítima en el Código civil >>, en *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009,

- << Las legítimas >>, *Tema 24, del Curso de Formación a Distancia sobre Derecho civil de Galicia*, 2010 – 2011.

URIARTE LEBARRO, L. M.: *El Fuero de Ayala*, Madrid, 1912.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, Instituto Nacional de Estudios Jurídico, Madrid, 1966.

- *Limitaciones del Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo I, Madrid, 1974.

.- *Libro homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008.

- *Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.

- << El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de la protección en los derechos civiles españoles >>, en *ADC*, Vol. 20, núm. 1, 1967.

- *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. III, 2ª edición, Madrid, Montecorvo, 1992.

- *Estudios de Derecho sucesorio VI*, Madrid, Montecorvo, 2002.

- *Libro homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Tomo I, coordinadores: J. M. GONZÁLEZ PORRAS, E. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Murcia, Universidad de Murcia, 2004.

- << Contenido cualitativo de la legítima >>, en *ADC*, Vol. XXIII, núm. I, enero-marzo, 1970.

- << *Apuntes de Derecho sucesorio* >>, Madrid, 1955.

- *Las legítimas*, II, Madrid, 1974.

- *Panorama de Derecho civil*, Barcelona, Bosch 1973.

- *Panorama del Derecho de sucesiones II. Perspectiva dinámica*, Madrid, Civitas, 1984.

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XI, Artículos 806 a 857, 2ª edición, revisada y aumentada, Madrid, Edersa, 1982.

VAQUER ALOY, A.: << La legítima en el Derecho civil de Cataluña >>, en *Tratado de legítimas*, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

- << Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima >>, Barcelona, Indret, 2007.

- << La legítima en Cataluña >>, en *Tratado de Derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica*, Tomo II, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinador: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010.

- *La comunidad hereditaria y las obligaciones del causante*, Barcelona, 1994.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *Derecho civil para el grado y Derecho de sucesiones*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016.

VIRGILI SORRIBES, F.: << Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica – el llamado heredero forzoso no es heredero - >>, en *RCDI*, núm. 206-207, julio-agosto 1945.

VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho privado romano*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1986.

VV. AA.: *Alfonso X, Aportaciones de un rey castellano a la construcción de Europa*, 1ª edición, coordinador: M. RODRÍGUEZ LLOPIS, Murcia, Regional de Murcia, 1997.

VV.AA.: *Código civil: doctrina y jurisprudencia*, director: J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, Tomo III, Madrid, 1995.

VV.AA.: *El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*, Madrid, 1989.

VV.AA.: *Elementos de Derecho civil*, Tomo V. Sucesiones, director: J. L. LACRUZ BERDEJO, Madrid, 2007.

VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 1ª edición, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, 1ª edición, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

VV.AA.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2ª edición, directora: M. del C. GETE-ALONSO Y CALERA, coordinadora: J. SOLÉ RESINA, Cizur Menor, Aranzadi. 2016.

VV.AA.: *Tratado de legítimas*, director: J. EGEA FERNÁNDEZ, coordinadora: T. F. TORRES GARCÍA, Barcelona, Atelier, 2012.

II.- JURISPRUDENCIALES

II.1 TRIBUNAL SUPREMO

STS 386/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2252/2019, de 3 de julio de 2019.

STS 375/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2179/2019, de 27 de junio de 2019.

STS 259/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1485/2019, de 10 de mayo de 2019.

STS 134/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 707/2019, de 6 de marzo de 2019.

STS 104/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 502/2019, de 19 de febrero de 2019.

STS 18/2019, Sala de lo Civil, ROJ: STS 56/2019, de 15 de enero de 2019.

STS 641/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3882/2018, de 20 de noviembre de 2018.

STS 473/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2756/2018, de 20 de julio de 2018.

STS 464/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2854/2018, de 19 de julio de 2018.

STS 316/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1918/2018, de 30 de mayo de 2018.

STS 146/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 936/2018, de 15 de marzo de 2018.

STS 246/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1479/2018, de 24 de abril de 2018.

STS 248/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1507/2018, de 25 de abril 2018.

STS 235/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1394/2018, de 23 de abril de 2018.

STS 94/2018, Sala de lo civil, ROJ: STS 501/2018, de 20 de febrero de 2018.

STS 78/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 404/2018, de 14 de febrero de 2018.

STS 63/2018, Sala de lo Civil, ROJ: STS 313/2018, de 5 de febrero de 2018.

STS 493/2017, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3270/2017, de 13 de septiembre de 2017.

STS 591/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4273/2016, de 5 de octubre de 2016.

STS 516/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3642/2016, de 21 de julio de 2016.

STS 161/2016, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1160/2016, de 16 de marzo de 2016.

STS 422/2015, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4153/2015, de 20 de julio de 2015.

STS 339/2015, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3154/2015, de 23 de junio de 2015.

STS 712/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5221/2015, de 10 de diciembre de 2015.

STS 717/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1929/2015, de 21 de abril de 2015.

STS 738/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1414/2015, de 19 de febrero de 2015.

STS 502/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3690/2014, de 2 de octubre de 2014.

STS 254/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3743/2014, de 3 de septiembre de 2014.

STS 258/2014, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2484/2014, de 3 de junio de 2014.

STS 838/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5816/2014, de 10 de junio de 2014.

STS 687/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5458/2013, de 6 de noviembre de 2013.

STS 536/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4809/2013, de 29 de julio de 2013.

STS 428/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6310/2013, de 28 de junio de 2013.

STS 423/2013, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6333/2013, de 28 de junio de 2013.

STS 785/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3357/2013, de 4 de enero de 2013.

STS 704/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 7802/2012, de 5 de noviembre de 2012.

STS 624/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 9156/2012, de 30 de octubre de 2012.

STS 640/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6952/2012, de 18 de octubre de 2012.

STS 516/2012, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6027/2012, de 20 de julio de 2012.

STS 524/2012 Sala de lo Civil, ROJ: STS 5678/2012, de 18 de julio de 2012.

STS 863/2011, Sala de lo Civil, ROJ: STS 8159/2011, de 21 de noviembre de 2011.

STS 289/2011, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2026/2011, de 14 de abril de 2011.

STS 160/2011, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1314/2011, de 18 de marzo de 2011

STS 325/2010, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2654/2010. de 31 de mayo de 2010.

STS 339/2010, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2529/2010, de 27 de mayo de 2010.

STS 2/2010, Sala de lo Civil, ROJ: STS 43/2010, de 21 de enero de 2010.

STS 547/2009, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5810/2009, de 28 de julio de 2009.

STS 534/2009, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4680/2009, de 13 de julio de 2009.

STS 668/2008, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3642/2008, de 14 de julio de 2008.

STS 29/2008, Sala de lo Civil, ROJ: STS 210/2008, de 24 de enero de 2008.

STS 684/2007, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4501/2007, de 20 de junio de 2007.

STS 607/2007, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5013/2007, de 15 de junio de 2007.

STS 1302/2006, Sala de lo Civil, ROJ: STS 7802/2006, de 19 de diciembre de 2006.

STS 661/2006, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4636/2006, de 29 de junio de 2006.

STS 458/2006, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2975/2006, de 18 de mayo de 2006.

STS 347/2005, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3019/2005, de 12 de mayo de 2005.

STS 119/2005, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1160/2005, de 24 de febrero de 2005.

STS 981/2004, Sala de lo Civil, ROJ: STS 6286/2004, de 7 de octubre de 2004.

STS 881/2003, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5714/2003, de 25 de septiembre de 2003.

STS 715/2003, Sala de lo Civil, ROJ: STS 4886/2003, de 10 de julio de 2003.

STS 725/2002, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5118/2002, de 9 de julio de 2002.

STS 894/2001, Sala de lo Civil, ROJ: STS 7563/2001, de 4 de octubre de 2001.

STS 17/2001, Sala de lo Civil, ROJ: STS 306/2001, de 23 de enero de 2001.

STS 669/2000, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5271/2000, de 27 de junio de 2000.

STS 848/1998, Sala de lo Civil, ROJ: STS 5223/1998, de 19 de septiembre de 1998.

STS 338/1997, Sala de lo Civil, ROJ: STS 2953/1997, de 26 de abril, de 1997.

STS 120/1997, Sala de lo Civil, ROJ: STS 1238/1997, de 22 de febrero de 1997.

STS 479/1994, Sala de lo Civil, ROJ: STS 3885/1994, de 20 de junio de 1994.

II.2.- JURISPRUDENCIA MENOR

STSJ ARA 23/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 1111/2016, de 5 de octubre de 2016.

STSJ ARA 4/2015, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 3/2015, de 19 de enero de 2015.

STSJ ARA 25/2013, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 875/2013, de 24 d junio de 2013.

STSJ ARA 9/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 1589/2011, de 22 de septiembre de 2011.

STSJ ARA, 2/2008, Sección Primera, ROJ: STSJ ARA 2/2008, de 30 de enero de 2008.

STSJ BAL 4/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ BAL 1044/2018, de 13 de diciembre de 2018.

STSJ BAL 2/2014, Sección Primera, ROJ: STSJ BAL 462/2014, de 5 de junio de 2014.

STSJ BAL 2/2013, Sección Primera, ROJ: STSJ BAL 469/2013, de 6 de mayo de 2013.

STSJ CAT 37/2019, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 4065/2019, de 20 de mayo de 2019.

STSJ CAT 81/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 9005/2018, de 15 de octubre de 2018

STSJ CAT 63/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 6068/2016, de 28 de julio de 2016.

STSJ CAT 11/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 1284/2016, de 25 de febrero de 2016.

STSJ CAT 79/2014, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 12012/2014, de 15 de diciembre de 2014

STSJ CAT 10/2012, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 12/2012, de 26 de enero de 2012

STSJ CAT 14/2000, Sección Primera, ROJ: STSJ CAT 9385/2000, de 10 de julio de 2000.

STSJ GAL 8/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 2895/2018, de 9 de mayo de 2018.

STSJ GAL 17/2012, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 4858/2012, de 24 de abril de 2012.

STSJ GAL 30/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 7331/2011, de 30 de septiembre de 2011.

STSJ GAL 29/2011, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 7332/2011, de 26 de septiembre de 2011.

STSJ GAL 35/2003, Sección Primera, ROJ: STSJ GAL 6397/2003, de 21 de noviembre de 2003.

STSJ NAV 9/2016, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 658/2016, de 1 de septiembre de 2016.

STSJ NAV 12/2013, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 209/2013, de 18 de septiembre de 2013.

STSJ NAV 4/2006, Sección Primera, ROJ: STSJ NAV 358/2006, de 4 de abril de 2006.

STSJ PAV 8/2018, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 2641/2018, de 10 de diciembre de 2018.

STSJ PAV 7/2015, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 2673/2015, de 9 de septiembre de 2015.

STSJ PAV 1/2009, Sección Primera, ROJ: STSJ PAV 3995/2009, de 26 de noviembre de 2009.

SAP MAD 73/2019, Sección Novena, ROJ: SAP MAD 1088/2019, de 14 de febrero de 2019.

SAP BIZ 348/2014, Sección Tercera, ROJ: SAP BIZ 2468/2014, de 21 de noviembre de 2014.

SAP BAR 311/2008, Sección Decimosexta, ROJ: SAP BAR 5085/2008, de 30 de mayo de 2008.

II.3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 31/2019, Pleno del Tribunal, de 28 de febrero de 2019, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

STC 20/2019, Pleno del Tribunal, de 12 de febrero de 2019, BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019.

STC 83/2018, Sala Primera, de 16 de julio de 2018, BOE núm. 199, de 17 de agosto de 2018.

STC 58/2018, Sala Primera, de 4 de junio de 2018, BOE núm. 164, de 7 de julio de 2018.

STC 21/2018, Sala Primera, de 5 de marzo de 2018, BOE núm. 90, de 13 de abril de 2018.

STC 5/2018, Sala Segunda, de 22 de enero de 2018, BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018

STC 138/2017, Sala Primera, de 27 de noviembre de 2017, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2018.

STC 133/2017, Pleno del Tribunal, de 16 de noviembre de 2017, BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017.

STC 105/2017, Sala Segunda, de 18 de septiembre de 2017, BOE núm. 247, de 13 de octubre de 2017. Visto

STC 20/2017, Pleno del Tribunal, de 2 de febrero de 2017, BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017.

STC 106/2013, Sala Segunda, de 6 de mayo de 2013, BOE núm.133, de 4 de junio de 2013

STC 198/2012, Pleno del Tribunal, de 6 de noviembre de 2012, BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

STC 7/1994, Sala Primera, de 17 de enero de 1994, BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1994

II.4 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

STC Federal Alemán – BVG -, de 19 de abril de 2005.

III.- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN, Sección Tercera, de 14 de junio de 2019, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2019.

RDGRN, Sección Tercera, de 11 de abril de 2019, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2019.

RDGRN, Sección Tercera, de 27 de febrero de 2019, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

RDGRN, Sección Tercera, de 14 de febrero de 2019, BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

RDGRN, Sección Tercera, de 22 de enero de 2018, BOE núm. 28, de 31 de enero de 2018.

RDGRN, Sección Tercera, de 20 de febrero de 2017, BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017.

RDGRN, Sección Tercera, de 21 de marzo de 2016, BOE núm. 83, de 6 de abril de 2016.

RDGRN, Sección Tercera, de 16 de julio de 2015, BOE núm. 229, de 24 de septiembre de 2015.

RDGRN, Sección Tercera, de 12 de junio de 2014, BOE núm. 183, de 29 de julio de 2014.

RDGRN, Sección Tercera, de 9 de marzo de 2009, BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2009.

RDGRN, Sección Tercera, de 17 de octubre de 2008, BOE núm. 270, de 8 de noviembre de 2008.

RDGRN, Sección Tercera, de 25 de febrero de 2008, BOE núm. 65, de 15 de marzo de 2008.

RDGRN, Sección Tercera, de 25 de abril de 2005, BOE núm. 144, de 17 de junio de 2005.

IV.- LEGISLATIVAS

Constitución Española, publicada en: BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, en vigor a partir del mismo día.

Constitución Española, de la Segunda República, aprobada el 9 de diciembre de 1931, y derogada el 1 de abril de 1939.

Constitución Española, promulgada el 30 de junio de 1876, en vigor hasta 1923.

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el que se publica el Código Civil en Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1989, en vigor a partir de 16 de agosto de 1989.

Código Civil de Cataluña. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a sucesiones. Publicado en: DOGC núm. 5175, de 17 de julio de 2008,

BOE núm. 190, de 17 de agosto de 2008, entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2009.

Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Publicado en: BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011, entrada en vigor a partir del 23 de abril de 2011.

Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido. Publicado en: BOIB núm. 120, de 2 de octubre de 1990, entrada en vigor a partir del 22 de octubre de 1990.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Publicado en: BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, entrada en vigor a partir del 7 de diciembre de 2018.

Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Publicado en: BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Publicado en: DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006, entrada en vigor a partir del 19 de julio de 2006.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte. Publicado en BOA núm. 26, de 4 de marzo de 1999 y BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1999. Vigente hasta el 23 de abril de 2011.

Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor

Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Publicado en: DOG núm.107, de 6 de junio de 1995 y BOE núm. 152, de 27 de junio de 1995. Vigencia desde 6 de septiembre de 1995. Revisión vigente desde 6 de septiembre de 1995.

Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco. Publicado en: BOPV núm. 153, de 7 de agosto de 1992, BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2012, entrada en vigor a partir del 7 de noviembre de 1992.

Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares. Publicado en BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1990.

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. Publicado en: BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973.

Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava. Publicado en: BOE núm. 182, de 31 de julio de 1959.

Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil.

Ley Provisional de Matrimonio Civil, de 18 de junio de 1870, primera disposición en la materia de carácter obligatorio.

V.- REFERENCIAS INTERNET

<https://www.monografias.com/trabajos35/propiedad-roma/propiedad-roma.shtml>

(Consultado 15/01/2018).

<https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/inicio>. (Consultado 28/08/2018).

<https://www.eldiario.es> (Consultado 29/08/2018).

<https://www.notariosyregistradores.com/web/tag/titulares-resoluciones/> (Consultado 03/09/2018).

<https://biblio.juridicas.unam.mx/libros/> (Consultado 06/09/2018).

<https://www.ine.es/Boletin> informativo 2/2004/, (Consultada, 02/01/2019).

<https://www.ine.es>/Boletín informativo 7/2014/. (Consultado 25/06/2019).

<https://www.ine.es>,/Encuesta continua hogar/. (Consultado 26/06/2019).

<https://espana.leyderecho.org/derechos-extrapatrimoniales/>(Consultado 30/08/2019)

[https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista - 4/3183 -/](https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-4/3183-/).(Consultado 04/09/2019).

[https://www.indret.com/pdf/1158 es.pdf](https://www.indret.com/pdf/1158_es.pdf) (Consultado 21/09/2019).

<https://www.iberley.es/temas/regulación-herederos-forzosos-59754>. (consultado 23/09/2019)

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/renuncia-transacción-legítima-futura-215794>. (Consultado 26/09/2019).

[https:// sites. google.com/site/latinadlg/el-senado-romano](https://sites.google.com/site/latinadlg/el-senado-romano) (Consultado 27/09/2019).

<https://www.mundojuridico.info/la-legítima-del-cónyuge-viudo/> (Consultado 28/09/2019).

<https://www.elnotario.es/113-hemeroteca/revistas/revista-26/1537-la-reforma-del-derecho-de-sucesiones-en-francia-09121793824361445>. (Consultado 04/10/2019).

<https://www.iberley.es/sucesión-bienes-troncales-país-vasco-59812> (Consultado 07/10/2019).

<https://www.derechoromano.es/2015/06/ley-xii-tablas.html> (Consultado 21/12/2019).

www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-senorio-de-molina-ferrera/html (Consultado 27/12/2019).